

De goederenrechtelijke overeenkomst: ‘Juridische chimaera’ of ‘Kern van de levering’?

1. Inleiding

In het *Wetboek Napoleon*, ingerigt voor het Koninkrijk Holland uit 1809 moest de levering geschieden ‘met het blijkbaar oogmerk den eigendom te doen overgaan’. Opmerkelijk genoeg wordt deze leveringshandeling in de hedendaagse literatuur gekwalificeerd als ‘goederenrechtelijke overeenkomst’¹; dit terwijl het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst pas in 1840 door Friedrich Carl von Savigny werd geformuleerd en in 1900 voor het eerst geldingskracht kreeg in het BGB! Nu is het uiteraard mogelijk dat het Wetboek Napoleon van 1809 uitging van een goederenrechtelijke overeenkomst *avant la lettre*, maar dit kan pas met zekerheid worden gezegd indien vaststaat wat de term ‘goederenrechtelijke overeenkomst’ precies inhoudt.

Het uitvoeren van een dergelijke analyse ten aanzien van dit rechtshistorische vraagstuk leidt tot vragen die tevens onder het huidige recht interessant zijn. Zo vraagt men zich nog steeds af wat een goederenrechtelijke overeenkomst is en in hoeverre voor dit leerstuk dogmatische ruimte aanwezig is binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW. De tegenstellingen in de literatuur kunnen haast niet groter zijn: voor de ene auteur is de goederenrechtelijke overeenkomst ‘de kern van de levering’, terwijl het voor een andere auteur een ‘juridische chimaera’ is.² Tegenstellingen als deze hebben ertoe geleid dat de goederenrechtelijke overeenkomst in het Nederlands vermogensrecht wordt gezien als een geloofsartikel; een controversieel element met felle aanhangers en tegenstanders. De goederenrechtelijke overeenkomst is echter meer dan dat alleen. Aan de hand van het veelbesproken leerstuk kan men namelijk het spanningsveld tussen een abstract en een causaal stelsel van overdracht duidelijk ontwaren. Voorts verschaft het leerstuk inzicht in de positie van de leveringshandeling binnen een overdrachtstelsel. Bovendien is voor de goederenrechtelijke overeenkomst mogelijkwerwijs een rol weggelegd bij het nader definiëren van het overdrachtstelsel van de handel in emissierechten, dat per 2005 is ontstaan.

Al deze redenen vormen voldoende aanleiding om de goederenrechtelijke overeenkomst los van haar rol als geloofsartikel – bestaat zij of bestaat zij niet? – en los van het gebruikelijke perspectief – heeft zij praktisch nut? – te behandelen. In dit opstel wil ik juist het conceptueel perspectief van het controversiële leerstuk belichten. Hierbij zal ik ten eerste door middel van een rechtshistorische analyse proberen te achterhalen wat het concept van een goederenrechtelijke overeenkomst nu eigenlijk inhoudt. Vervolgens

¹ Asser/Mijnssen/De Haan 3-I, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 207.

² Mijnssen/Schut, *Bezit, levering en overdracht* Zwolle: Tjeenk Willink, 1991 spreekt van ‘kern van de levering’, terwijl Vriesendorp *WPNR* 5762, 1985, p. 764 spreekt van een ‘juridische chimaera’.

zal ik aandacht besteden aan de eventuele dogmatische ruimte van en wenselijkheid voor de goederenrechtelijke overeenkomst binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW. Ten slotte zal ik een korte beschouwing geven over de rol die zij mogelijk speelt bij de afbakening van het ‘abstracte’ stelsel van overdracht van CO₂-emissierechten.

2. Geschiedenis, de weg tot art. 3:84 BW

Om het karakter van de goederenrechtelijke overeenkomst te kunnen doorgronden is kennis van haar ontstaansgeschiedenis noodzakelijk. Door de eeuwen heen zijn vele pennen in beweging geweest om het fenomeen van eigendomsoverdracht juridisch te onderbouwen. Dit heeft grofweg geleid tot twee stromingen.³ De eerste stroming is die van de causalisten, die menen dat een geldige eigendomsoverdracht berust op een geldige overdrachtstitel. De tweede stroming is die van de abstrahisten. Volgens deze stroming berust een geslaagde eigendomsoverdracht niet zozeer op een geldige titel, als wel op de overeenstemming die is bereikt over de levering: een goederenrechtelijke overeenkomst.

De drie wijzen van overdracht in het Romeinse recht

De basis voor dit verschil van inzicht tussen de causalisten en abstrahisten komt voort uit het Romeinse recht. In de periode vóór het *Corpus Iuris Civilis* kende men in het Romeinse recht drie verschillende vormen van overdracht, te weten: de *in iure cessio*, de *mancipatio* en de *traditio*. De *in iure cessio* en de *mancipatio* waren beide gebaseerd op een abstract titelvereiste, hetgeen betekent dat de geldigheid van de titel niet doorwerkte in de geldigheid van de overdracht. De *traditio* vereiste echter als enige vorm van overdracht wel een geldige titel om tot een geslaagde overdracht te kunnen komen.⁴ Zo beschouwd zou men kunnen denken dat in het Romeinse recht de meerderheid van de overdrachtsituaties zou geschieden op grond van een abstract titelvereiste, immers de meerderheid van de overdrachtsvormen ging hier van uit.

In werkelijkheid lag het anders: de *in iure cessio* was bij de Romeinen al snel in onbruik geraakt, waardoor eigenlijk alleen op grond van de *mancipatio* en *traditio* overdracht plaatsvond.⁵ De *mancipatio* op haar beurt was weer beperkt in werking omdat zij slechts zag op *res Mancipi*: voornamelijk producten die in een agrarische samenleving waardevol waren, zoals slaven, groot vee en erfdienstbaarheden. Ten aanzien van de goederen die buiten deze categorie vielen, de meeromvattende groep genaamd de *res nec Mancipi*, kwam de *traditio* in het spel. De vereisten die tegenwoordig terug te vinden zijn in art. 3:84 lid 1 BW golden ook voor de *traditio*. Er moest worden geleverd door een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel.⁶ Doordat middels de *traditio* de grootste groep goederen overgedragen werd, kwamen de meeste overdrachten tot stand op

³ A.F. Salomons, *2104 tot 1950*, Deventer: Kluwer 1997, p. 265 e.v.

⁴ W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006 p. 247.

⁵ J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 2006, nr. Z 22 en nr. Z 24.

⁶ J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 2006, nr. Z 25.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

grond van een geldige titel. Onder het *Corpus Iuris Civilis* zou de *traditio* zelfs de enige vorm van overdracht worden. Dit betekende echter niet dat overdracht in het Romeinse recht voortaan alleen op grond van een geldige titel geschiedde. Hoe lagen de verhoudingen dan wel in het *Corpus*?

Corpus Iuris Civilis

Toen onder Justinianus het *Corpus Iuris Civilis* tot stand kwam, werd zoals gezegd de *traditio* de enige vorm van overdracht. De reden hiervoor dient echter niet gezocht te worden in een bewuste keuze van de toenmalige wetgever voor een overdracht op grond van een geldige titel, maar in de wens van Justinianus om het woord *traditio* synoniem te laten zijn voor overdracht. Om deze wens te bewerkstelligen interpoleerde Justinianus de tekst van het *Corpus Iuris Civilis*, en werd overal het woord *mancipatio* vervangen door *traditio*. Bij deze interpolatie heeft men echter geen aandacht besteed aan de verschillende dogmatische achtergronden van de twee vormen van overdracht, waardoor onder de voorheen ‘causale’ *traditio* nu ook ‘abstracte’ *mancipatio* teksten schuilen. Bovendien is niet met zekerheid vast te stellen welke teksten zijn geïnterpoleerd en welke niet.⁷ De *traditio* werd hierdoor een onhelder begrip en daarmee een bron van inspiratie voor zowel causalisten als abstrahisten.⁸

Hoewel de *traditio* als leerstuk troebel is geworden in het *Corpus*, bleef echter centraal ten aanzien van de ‘causale’ aard de gezaghebbende tekst van Paulus staan, die als volgt luidt:

D. 41, 1, 31 pr: Een enkele bezitsverschaffing doet op zichzelf nooit eigendom overgaan, maar wel wanneer er een verkoop of een andere afdoende rechtsgrond aan is voorafgegaan op grond waarvan de levering volgde.⁹

Uit de bovenstaande tekst leverde vooral de ‘afdoende rechtsgrond’ (*iusta causa*) verschillende interpretaties op. Een creatieve interpretatie in de richting van een abstract titelvereiste zou in de middeleeuwen de aanzet vormen tot wat later bekend zou staan als het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst.

⁷ J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 2006, nr. Z 39, L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p.171.

⁸ Ook zonder de ongelukkige tekstwijziging van Justinianus zou moeilijk te achterhalen zijn wat het vereiste van een causaal titelvereiste bij de *traditio* precies inhield. In de Digesten, het belangrijkste boek van het Corpus, wordt dit begrip bijvoorbeeld niet altijd op een identieke manier gehanteerd, zie: J. Hallebeek, ‘Het causale en abstracte stelsel van eigendomsoverdracht’, AA 55, 2006, nr.3, p. 176 e.v.

⁹ Numquam nuda traditio transfert dominium sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Rechtsvorming door de Glossatoren en Commentatoren

Vanaf ongeveer de 12^{de} eeuw kwam de wetenschappelijke discipline op die zich bezighield met het plaatsen van glossen en commentaren bij de originele tekst van het *Corpus*. Uit de gelijknamige groepen auteurs – Glossatoren en Commentatoren – vallen twee personen te noemen die bepalend zijn geweest bij de ‘abstracte’ interpretatie van het *iusta causa*-vereiste, te weten Accursius en Donellus. Het is interessant om te onderzoeken welke interpretatie zij precies hebben gegeven aan de Digesten-tekst van Paulus. Kon men hier al spreken van een goederenrechtelijke overeenkomst?

Voordat wordt gekeken naar de interpretaties die Accursius en Donellus aan de tekst van Paulus hebben gegeven is het belangrijk om te beseffen dat zij altijd de intentie hebben gehad om een causaal element in de eigendomsoverdracht te ontwaren. Of zoals Zwolve hierover treffend schrijft: “Er heeft dus nooit in het *ius commune* een meningsverschil bestaan omtrent de vraag of de eigendomsoverdracht ‘causaal’ was (...) De vraag was echter wat men precies onder ‘de’ *causa traditionis* diende te verstaan.”¹⁰

De Accursische glosse verstond onder de *causa traditionis* in ieder geval geen causaal titelvereiste. Een vermeende, of putatieve titel was in beginsel voldoende voor een overdracht:

(iusta causa), dat wil zeggen een echte of een vermeende, want anders zou, als je zou zeggen dat op grond van een vermeende titel geen eigendom wordt overgedragen, dit in strijd zijn met de hele titel (dwz. uit de Digesten) over de actie uit onverschuldigde betaling, welke titel van toepassing is wanneer de eigendom van de een of andere zaak wordt overgedragen op grond van een vermeende titel.¹¹

Indien een partij een goed op grond van een vernietigde rechtshandeling of niet bestaande verbintenis terug wenste te vorderen, was de actie uit onverschuldigde betaling (*condictio indebiti*) de enige mogelijkheid voor hem in het Romeinse recht. Hieraan wordt door Accursius vervolgens de dwingende redenering verbonden dat de *condictio indebiti*, als persoonlijke actie, aangeeft dat ook bij een vermeende titel de eigendom op de verkrijger is overgegaan. Zou anders niet voor degene die terugvordert (en eigenaar is gebleven) een zakelijke actie – de revindicatie – beschikbaar moeten zijn? Hoewel deze redenering niet direct overtuigend is, omdat de revindicatie en de *condictio indebiti* elkaar niet noodzakelijk hoeven uit te sluiten¹², voert het te ver om hier verder op in te gaan. Het

¹⁰ W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006. p. 244.

¹¹ Glosse ad D. 41, 1, 31, vertaling ontleend aan W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006. p. 247-248.

¹² L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000 p. 189. Zie voorts voor nadere vindplaatsen: S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, Den Haag: Boom, 2004, p. 129.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

volstaat om te zeggen dat de Accursische glosse buitengewoon invloedrijk is geweest, en heeft gezorgd voor een breed geaccepteerde basis van een eigendomsoverdracht die stoelt op een abstract titelvereiste.¹³

Door de glosse van Accursius werd het causa-vereiste uit de tekst van Paulus bijna volledig uitgehold. Een geldige titel was immers niet meer noodzakelijk, ook een vermeende titel was 'afdoende rechtsgrond'. Maar als een weggefallen titel ook volstaat bij de overdracht van eigendom, wat is dan eigenlijk de rol van het causa-vereiste? Accursius zelf heeft dit in zijn glosse in het midden gelaten, maar op deze vraag werd wel een antwoord geformuleerd door de Franse jurist Donellus. Hoewel hij de Accursische glosse als uitgangspunt heeft genomen, zag hij dat nadere uitwerking van de iusta causa noodzakelijk was om het argument van Accursius levensvatbaar te houden. De oplossing van Donellus voor dit probleem hield in dat het causa-vereiste niet langer beschouwd moest worden als zelfstandig, constitutief element voor eigendomsoverdracht. In plaats daarvan moest de iusta causa gezien worden als het bewijs van de wil van de eigenaar om middels levering de eigendom over te dragen.¹⁴ Donellus zorgde met deze argumentatie voor een nieuw zwaartepunt inzake de eigendomsoverdracht: de wil tot levering. Niet de titel, die slechts tot bewijs diende, maar de op wilsovereenstemming berustende levering was het 'causale' element in de overdracht.

Wanneer de interpretaties van Accursius en Donellus naast de oorspronkelijk 'causale' traditio uit het Romeinse recht worden gelegd, kan worden gezegd dat de middeleeuwse scholastiek haar geheel eigen draai heeft gegeven aan de tekst van Paulus. Van een goederenrechtelijke overeenkomst kan hier echter nog niet worden gesproken, aangezien de wil tot levering nog niet was uitgekristalliseerd tot een zelfstandig dogmatisch concept. Dat zou pas gebeuren in het negentiende-eeuwse Duitsland van Friedrich Carl von Savigny.

De goederenrechtelijke overeenkomst in moderne codificaties

In de tijd dat de moderne codificaties opkwamen in de achttiende en negentiende eeuw, stond elke wetgever voor de keuze of het te codificeren recht uit zou gaan van een causaal, dan wel van een abstract titelvereiste. Hoewel in verreweg de meeste codificaties voor overdracht een geldige titel werd vereist,¹⁵ zijn er ook codificaties te vinden die het (middeleeuws scholastische) 'abstracte' standpunt innemen. Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en het Duitse BGB verdienen hierbij bespreking.

¹³ W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006, p. 248.

¹⁴ W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006, p. 250, L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p.179.

¹⁵ Zoals onder andere in het Pruisische ALR van 1794 (Deel 1, titel 10, § 1), de Franse Code Civil van 1804 (art. 711 Code Civil) en het Oostenrijkse ABGB van 1812 (§380).

Het Wetboek Napoleon uit 1809 ging met betrekking tot de eigendomsoverdracht uit van een levering (art. 588 juncto art. 589), verricht door een beschikkingsbevoegde (art. 589 sub 1), op grond van 'eenigen titel' (art. 589 sub 3). De levering moest worden uitgevoerd 'met het blijkbaar oogmerk om den eigendom te doen overgaan' (art. 598 sub 4). Uit deze opsomming blijkt dat de gestelde eisen voor overdracht uit deze codificatie grotendeels hetzelfde zijn als de vereisten die tegenwoordig in art. 3:84 BW staan. Als eerste belangrijke uitzondering kan echter de term 'eenigen titel' worden aangemerkt. Hoe dit titelvereiste moet worden opgevat blijkt niet duidelijk uit de wettekst. Het zou dan ook te ver gaan om dit vereiste op te vatten in de zin van een geldige titel zoals bedoeld in art. 3:84 lid 1 BW. De tweede uitzondering komt voort uit het 'blijkbaar oogmerk om den eigendom te doen overgaan' dat bij elke levering aanwezig moest zijn. Hieruit kan worden opgemaakt dat in de levering de wil tot overdracht besloten moest liggen, met andere woorden: de levering was een expliciet wilsmoment. Of hier echter slechts sprake was van een verwoording van het middeleeuwse standpunt betreffende de wil tot levering, of dat met recht gesproken kan worden van een goederenrechtelijke overeenkomst avant la lettre zal pas duidelijk worden na de bespreking van het BGB.

In het BGB lag namelijk de gedachte besloten die als eerste werd geformuleerd door Friedrich Carl von Savigny: de wil tot levering als zelfstandig dogmatisch concept. Het concept is in het BGB weliswaar gecodificeerd onder het vagere begrip 'Einigung', maar de gedachten van Von Savigny zijn onmiskenbaar aanwezig.¹⁶ Zo is de geldigheid van de titel in geen geval doorslaggevend voor de geldigheid van de overdracht (in overeenstemming met het 'Abstraktionsprinzip' van Von Savigny) en wordt de 'Einigung' in de Duitse literatuur vrijwel uitsluitend gezien als een goederenrechtelijke overeenkomst ('dinglicher Einigung').¹⁷ De combinatie van deze twee systematische assumpties (het 'Abstraktionsprinzip' en de idee van een 'goederenrechtelijke' overeenkomst) maken de wil tot levering in deze codificatie tot een zelfstandig dogmatisch concept, dat in het systeem van overdracht ligt verankerd.

In dit nieuw bedachte overdrachtssysteem valt evenwel de hand te herkennen van de besproken middeleeuwse Glossatoren en Commentatoren. Von Savigny bouwde duidelijk voort op de geschriften van Accursius toen hij het beginsel formuleerde dat ziet op de omstandigheid dat men bij beoordeling van de vraag of een overdracht geslaagd is van de onderliggende titel moet 'abstraheren'. Hij noemde dit beginsel toepasselijk het 'Abstraktionsprinzip'. De toepassing van dit beginsel op een overdrachtstelsel brengt een systematische scheiding mee tussen goederen- en verbintenissenrecht, aangezien de (on)geldigheid van de titel geen werking kan hebben in het goederenrecht. Indien Von

¹⁶ Het huidige § 929 BGB luidt als volgt: Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.

¹⁷ W. Wiegand, J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*, Berlijn: Sellier- de Gruyter, 2004, nr. 8 bij § 929 BGB.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

Savigny het bij dit beginsel zou hebben gelaten, zou men kunnen spreken van een werkelijk ‘abstract’ stelsel. Het overdrachtstelsel heeft in dit geval namelijk geen causaal, rechtvaardigend wilselement dat de overdracht in goederenrechtelijk opzicht verklaart.

Een oplossing voor het gebrek aan een goederenrechtelijke verklarend wilselement was gelegen in de tweede systematische aanname die Von Savigny deed. Hij meende dat er in het privaatrecht meer overeenkomsten aangetroffen kunnen worden dan slechts die van verbintenisrechtelijke aard. Ook het goederenrecht bevatte volgens hem belangrijke overeenkomsten.¹⁸ Een voorbeeld van een dergelijke overeenkomst in het goederenrecht was de traditio (niet de overdrachtswijze doch slechts de leveringshandeling): “So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragbegriffs darin wahrgenommen werden....”, aldus Von Savigny.¹⁹ Deze overeenkomst, die als ‘goederenrechtelijke’ overeenkomst bovendien duidelijk los moest worden gezien van de verbintenisrechtelijke overeenkomsten vormde het (goederenrechtelijk) rechtvaardigend wilselement ten aanzien van de overdracht.²⁰ Op deze manier werd de scheiding tussen goederen- en verbintennisrecht gewaarborgd, en was de overdracht – zoals ook in de middeleeuwse scholastiek – toch ‘causaal’.

Indien ik deze informatie toepas op het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, kom ik tot de conclusie dat in deze codificatie de levering niet moet worden gekwalificeerd als een ‘goederenrechtelijke overeenkomst’. De wil tot levering is weliswaar uitdrukkelijk in art. 589 sub 4 opgenomen, maar deze eis valt niet te plaatsen binnen een overdrachtstelsel dat hierop is toegesneden. Zo blijkt uit het Wetboek Napoleon nergens van een ‘Abstraktionsprinzip’, en lijkt het vergezocht om een scheiding tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke overeenkomsten in de tekst van de wet te lezen. Bovendien kan men zich (terecht) afvragen of de zinsnede ‘met het blijkbaar oogmerk om den eigendom te doen overgaan’ als een overeenkomst geïnterpreteerd zou kunnen worden. Naar huidige maatstaven zou een lezing in de richting van een eenzijdige rechtshandeling meer voor de hand liggen.

De Nederlandse keuze?

In Nederland is lang onduidelijk geweest of eigendom overgedragen werd op grond van een causaal of een abstract titelvereiste. De onduidelijkheid werd veroorzaakt door art. 639 van het Burgerlijk Wetboek van 1838 (Oud BW).²¹ De strekking van dit artikel was

¹⁸ H. Coing, *Europäisches Privatrecht* dl. II, München: Beck, 1989, p. 394 ‘Vertragen gäbe es vielmehr in allen Bereichen des Privatrechts...’.

¹⁹ F.C. Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Dritter Band, Berlin: Bei Veit und Comp 1840, p.312.

²⁰ J.L. Den Dulk, *De zakelijke overeenkomst*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1979, p. 13 met Von Savigny daar geciteerd “Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nu nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher”.

²¹ Art. 639 oud BW 1838: ‘Eigendom van zaken kan op geene andere wijze worden verkregen, dan door toeëigening, door verjaring, door wettelijke of testamentaire erfopvolging, en door

onhelder. Voor overdracht was ‘eenen regtstitel van eigendoms-overgang’ vereist, maar hieruit kon niet worden afgeleid of een dergelijke titel vervolgens ook geldig diende te zijn. Uit deze onzekere situatie kwam een juridische discussie voort die enerzijds voorstanders voor een causaal titelvereiste kende, terwijl anderzijds een abstract titelvereiste werd bepleit. Nadat Von Savigny in de tweede helft van de 19^e eeuw de goederenrechtelijke overeenkomst als leerstuk had geïntroduceerd, werd ook dit element in de discussie betrokken. Volgens sommige auteurs moest in art. 639 Oud BW een abstract titelvereiste gelezen worden en was de levering een goederenrechtelijke overeenkomst, terwijl anderen hiermee oneens waren.²²

Hoe het ook zij, het Nederlands recht diende op dit punt verduidelijkt te worden. Dit gebeurde pas in 1950. De Hoge Raad heeft zich in dit jaar uitgesproken ten faveure van een causaal titelvereiste, en deed dit in het befaamde arrest ‘Damhof/Staat’.²³ Hierna werd onder het regime van het Oud BW algemeen aangenomen dat een geldige titel vereist was om overdracht te bewerkstelligen. Inmiddels is het beginsel neergelegd in art. 3:84 BW en staat daarmee vast dat voor overdracht een geldige titel nodig is:

Art 3:84 lid 1: Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.

Uit dit eerste lid van art. 3:84 BW kan worden opgemaakt dat het systeem van overdracht zeer vergelijkbaar is met de *traditio* uit de klassieke periode van het Romeinse recht.²⁴ Weliswaar vraagt het systeem uit art. 3:84 BW om een geldige titel, maar de overdracht is pas geslaagd indien er is geleverd. Door niet alleen een geldige titel te vereisen, maar ook een levering, kan men zich afvragen welke functie de leveringshandeling vervult binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW. Is de levering wellicht een uitvoeringshandeling van de titel, of dient zij te worden opgevat als een handeling die wordt verricht ‘met het oogmerk den eigendom te doen overgaan’ zoals bedoeld in het Wetboek Napoleon? Of nog sterker: is de levering uit art. 3:84 wellicht op te vatten als een goederenrechtelijke overeenkomst? Deze laatste vraag zal in dit opstel verder worden uitgediept, waarbij eerst zal worden bekeken of er überhaupt dogmatische ruimte is voor een goederenrechtelijke overeenkomst binnen art. 3:84 BW.

opdragt of levering ten gevolge van eenen regtstitel van eigendoms-overgang, afkomstig van dengenen die gerechtigd was over den eigendom te beschikken’.

²² Zie voor deze discussie A.F. Salomons, *2104 tot 1950*, Deventer: Kluwer 1997, Hoofdstuk IX par. 1.

²³ HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1, Voor vorderingen werd dit reeds bepaald in HR 9 februari 1939, NJ 1939, 865.

²⁴ Vgl. in dit opzicht H. Coing, *Europäisches Privatrecht* dl. II, München: Beck, 1989, p. 397. Vgl. in dit verband en in verband met de verhouding tussen de zakelijke overeenkomst en het titelvereiste J.H.A. Lokin, "Traditio; de verschaffing van het bezit", in *Flores Legum H.J. Scheltema oblati*, Groningen 1971, pp. 121-132.

3. Overdrachtsvereisten

Overdrachtsbegrip

Het onderzoek naar de aanwezigheid van dogmatische ruimte voor de goederenrechtelijke overeenkomst zal ik beginnen met een afbakening van het overdrachtsbegrip. Wat dient te worden verstaan onder de term ‘overdracht’ en ligt in dit begrip misschien ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst besloten?

Omdat de wet geen definitie geeft van het overdrachtsbegrip, zal ik de parlementaire geschiedenis raadplegen om tot een heldere omlijning te komen van deze term. Volgens de parlementaire geschiedenis kan ‘overdracht’ op meerdere manieren geïnterpreteerd worden, maar ziet zij ‘in het algemeen’ op de ‘bewerkstelligde rechtsovergang’ van het goed in het vermogen van de verkrijger.²⁵ Naast deze meest voorkomende betekenis heeft het overdrachtsbegrip echter nog een tweede betekenis die uit de parlementaire geschiedenis valt te destilleren, te weten ‘handeling van het overdragen’.²⁶ Men kan zich afvragen wat wordt bedoeld met deze laatste definitie van het overdrachtsbegrip. Welke lading heeft overdracht als ‘handeling van het overdragen’? En hoe verhoudt de inhoud van deze begripsvariant zich met de functie van de leveringshandeling (en de goederenrechtelijke overeenkomst die daar eventueel in besloten ligt)?

Overdracht versus levering

Onder het Oud BW waren de begrippen ‘levering’ en ‘overdracht’ synoniemen van elkaar, hetgeen niet langer het geval is. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 3:80 BW blijkt dat het systeem van ons BW een uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen de begrippen ‘levering’ en ‘overdracht’. Kort gezegd is de ‘overdracht’ in het systeem de bewerkstelligde rechtsovergang, terwijl ‘levering’ de daartoe benodigde handelingen van partijen aanduidt.²⁷ Toch is er tevens ruimte voor een andere invulling van het overdrachtsbegrip, te weten als ‘handeling van het overdragen’, waarbij het begrip de totstandkoming van het rechtsgevolg ‘overdracht’ weergeeft.²⁸ Men kan zich afvragen of deze definitievariant het dogmatisch onderscheid tussen ‘levering’ en ‘overdracht’ niet doorkruist. Waarom breidt de parlementaire geschiedenis het overdrachtsbegrip uit tot ‘de handeling van het overdragen’? In de wettelijke systematiek was het toch de levering die de handelingen aanduidt die nodig zijn om tot overdracht te komen?

De functie die het overdrachtbegrip als ‘handeling van het overdragen’ kan hebben komt het duidelijkst naar voren aan de hand van het leerstuk van de bekrachtiging ex art. 3:58 BW. In art. 3:58 BW wordt de mogelijkheid gecreëerd om een rechtshandeling te

²⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 308.

²⁶ Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 3. Dit blijkt uit art. 3:86 lid 1 en art. 3:88 lid 1, vgl. in dit opzicht ook de MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 308.

²⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 308 bij art. 3:80 BW, zie ook: Peter, *Levering van roerende zaken* Deventer: Kluwer 2007, p.178; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* Deventer: Kluwer 2006, p. 69.

²⁸ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 69-70.

bekrachten die in eerste instantie ongeldig was, maar waarvan een voor haar geldigheid gesteld vereiste inmiddels is vervuld. Op deze manier hoeft de initiële ongeldigheid van de rechtshandeling niet verder te strekken dan haar doel reikt.²⁹ Voorwaarde is wel dat onmiddellijk belanghebbenden bij de rechtshandeling deze als geldig hebben aangemerkt in de tijd tussen het vervullen van de voorwaarde voor de geldigheid, en de aanvankelijke ongeldigheid. Ten aanzien van het bekrachten van een initieel ongeldige overdracht brengt dit met zich dat een overdracht in de zin van ‘rechtsgevolg’ niet bekrachtigd kan worden, aangezien slechts rechtshandelingen hiervoor in aanmerking komen. De handelingen die ten aanzien van de overdracht verricht worden – gevat in de leveringshandeling – kunnen wel bekrachtigd worden wanneer de leveringshandeling gezien wordt als rechtshandeling, maar op deze manier herstelt men slechts een deelgebied van de overdracht. Titelgebreken en (aanvankelijke) beschikkingsonbevoegdheid blijven ongemoeid. Om deze twee belangrijke overdrachtsfactoren ook te kunnen bekrachten is het wenselijk om de overdracht in bepaalde gevallen als (rechts)handeling te zien,³⁰ opdat de overdrachtshandeling in haar geheel bekrachtigd kan worden. Dit is tevens in de parlementaire geschiedenis tot uiting gekomen op dit punt.³¹ Deze gedachtegang is in de literatuur echter niet onbetwist gebleven. Het systematisch onderscheid tussen ‘overdracht’ en ‘levering’ zou hiermee ondermijnd worden. Maar is dit daadwerkelijk het geval?

In de literatuur bestaan ten aanzien van deze kwestie twee stromingen, die recentelijk zijn verwoord door enerzijds Reehuis, en anderzijds Peter.³² In de gedachtegang van Reehuis ondermijnt de idee van de overdracht als (rechts)handeling het systematisch onderscheid tussen ‘overdracht’ en ‘levering’ niet. Hij meent dat ook met een dergelijke interpretatie de begrippen nog duidelijk van elkaar verschillen. De overdracht als handeling komt niet met het begrip ‘levering’ overeen: “omdat overdracht als handeling per definitie rechtsovergang bewerkstelligt, terwijl levering geen rechtsovergang tot gevolg behoeft te hebben, bijvoorbeeld omdat beschikkingsbevoegdheid of een geldige titel ontbreekt,” aldus Reehuis.³³ De leveringshandeling maakt in zijn visie dus per definitie deel uit van de overdrachtshandeling, maar een enkele levering zorgt niet automatisch voor een geslaagde overdracht.³⁴ Aan de andere kant van het spectrum vindt men Peter. In haar opinie dient het overdrachtsbegrip beperkt te blijven tot het rechtsgevolg en bevat de overdracht als ‘handeling van het overdragen’ eigenlijk niets meer dan een leveringshandeling. Of zoals zij zelf schrijft in reactie op Reehuis:

²⁹ Groene serie privaatrecht aant. 1 bij art. 3:58 BW (J.A.J. Peter).

³⁰ Onder meer verdedigd door Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nrs. 297, 303, 406; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 nrs. 133, 146, 327.

³¹ MvA inv., Parl. Gesch. Boek 3, p. 1176.

³² Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 2 e.v. ; Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, par. 6.2 e.v.

³³ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 69.

³⁴ Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 3.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

“Overdragen is het leveren krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde (...) Maar de enige handeling die hierbij wordt verricht, en dus ook de enige handeling die voor de kwalificatie ‘rechtshandeling’ in aanmerking zou kunnen komen, is de levering.”³⁵ Volgens Peter ligt in de overdracht als ‘de handeling van het overdragen’ dus eigenlijk een leveringshandeling besloten, die zij vervolgens beschouwt als een rechtshandeling. Uit de bovenstaande meningen kan men afleiden dat de overdracht als (rechts)handeling verschillend benaderd kan worden. Enerzijds is daar de opvatting, verdedigd door Reehuis, dat het overdrachtsbegrip in enkele gevallen verruimd moet worden tot de handeling van het overdragen en dan tevens een (rechts)handeling behelst. Anderzijds kan uit de woorden van Peter worden afgeleid dat zij niets voelt voor een dergelijke verruiming van het overdrachtsbegrip, aangezien ‘het overdragen’ niets meer voorstelt dan het uitvoeren van de leveringshandeling.

Saillant detail van de redenering van Peter is dat in haar visie de voor bekrachtiging vatbare rechtshandeling een goederenrechtelijke overeenkomst is, die de kern van de levering vormt.³⁶ Dit maakt vervolgens de weg vrij voor de goederenrechtelijke overeenkomst in het Nederlands vermogensrecht, en op een onorthodoxe positie: de goederenrechtelijke overeenkomst zit via de levering in het overdrachtsbegrip. Bij deze onorthodoxe benadering plaats ik echter een vraagteken. Naar mijn mening valt in de overdracht als (rechts)handeling namelijk geen alleenstaande leveringshandeling te zien, en daarmee ook geen goederenrechtelijke overeenkomst. De mening van Reehuis is plausibeler en eenvoudiger te hanteren, omdat juist de verruiming van het overdrachtsbegrip zorgt voor een helder onderscheid tussen ‘overdracht’ en ‘levering’. Het overdrachtsbegrip wordt hiermee *dynamisch* gemaakt, zonder dat er verwarring ontstaat tussen ‘levering’ en ‘overdracht’. Dit dynamische element valt te begrijpen als de actieve totstandbrenging van het rechtsgevolg ‘overdracht’. Het is in mijn optiek namelijk het rechtsgevolg dat in de praktijk actief nagestreefd wordt. Nadat de titel tot stand is gekomen, wordt daaraan uitvoering gegeven door middel van een leveringshandeling, omwille van het bewerkstelligen van ‘overdracht’. Waarom zou dit feitencomplex streng dogmatisch ‘levering’ moeten worden genoemd? Dat Peter, vooral kijkend naar een specifieke gang van zaken,³⁷ wél meent dat het om levering gaat, is naar mijn mening onnodig ingewikkeld en zonder duidelijke functie. Daarom zal hier aangesloten worden bij het dynamische overdrachtsbegrip, wat tevens betekent dat er geen ruimte is voor de

³⁵ Peter, *Levering van roerende zaken* Deventer: Kluwer 2007, p. 179.

³⁶ Vgl. Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 217 “De voor bekrachtiging vatbare rechtshandeling is de zakelijke overeenkomst, die de kern van de levering vormt”.

³⁷ Peter, p. 176: in haar optiek is ‘overdragen’ slechts een leveringshandeling omdat in een eerder stadium de titel al tot stand is gekomen. Beschikkingsbevoegdheid is een kwaliteit, geen handeling, dus rest de levering als ‘de handeling van het overdragen’ Dit voorbeeld klopt uitgaande van een koper die bijv. een auto heeft gekocht en wacht op de levering van zijn nieuw te verwerven goed in de juiste kleur en uitvoering.

goederenrechtelijke overeenkomst binnen het overdrachtsbegrip. Deze dogmatische ruimte zal nu gezocht moeten worden in de ruimte die bestaat tussen de verschillende overdrachtscriteria. In dat kader bespreek ik als eerste de titel.

Het titelbegrip: de onderliggende rechtvaardigende rechtsverhouding

De functie van de overdrachtstitel in het systeem van art. 3:84 BW is het voorkomen van ongerechtvaardigde vermogensverschuivingen. Hoewel deze functie in eerste instantie niet helemaal goed uit de verf komt bij de definitie van de titel in de parlementaire geschiedenis – ‘een feit, dat tot levering verplicht’³⁸ – is deze definitie (en in meer of mindere mate ook het titelbegrip) in latere literatuur, onder aanvoering van Hartkamp,³⁹ gewijzigd in ‘de rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt’.⁴⁰ De titel is derhalve de basis voor een geslaagde overdracht, hetgeen in goederenrechtelijk opzicht wordt benadrukt door het feit dat de titel tevens *geldig* dient te zijn. Het Nederlandse vermogensrecht gaat daarmee uit van een causaal titelvereiste. Zonder een geldige onderliggende rechtsverhouding die de overdracht rechtvaardigt komt er geen overdracht tot stand. Niet in alle gevallen is echter een geldige titel vereist voor overdracht. Welke gevallen zijn dit? En bezorgen deze uitzonderingen ruimte voor de goederenrechtelijke overeenkomst?

Uitzondering op de regel: derdenbescherming

De meest in het oog springende uitzondering op de causaliteit van de titel wordt gevormd door de derdenbeschermende bepalingen in art. 3:36 en 3:86 BW, waarin de onbillijke effecten van een puur causaal stelsel ten aanzien van derden deels weggenomen worden door het titelvereiste in sommige gevallen te ‘abstraheren’.⁴¹ In dit opzicht is het wellicht niet verwonderlijk dat in de reeds genoemde discussie tussen de abstrahisten en causalisten, de derdenbescherming een belangrijk argument vormde om te kiezen voor een abstract titelvereiste.⁴² Het onbillijke effect dat een causaal titelvereiste kan hebben voor een derde die niet op de hoogte was van een nietige of vernietigbare titel in een vorige overdracht, en daardoor achteraf van een beschikkingsonbevoegde blijkt te hebben verkregen, kan ondervangen worden door te kiezen voor een abstract titelvereiste. In een systeem dat berust op een abstract titelvereiste heeft de geldigheid van de titel immers

³⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 317

³⁹ A.S. Hartkamp, ‘Het begrip leveringstitel’, *WPNR* 5267 en 5268, p. 375-383 en 393-399

⁴⁰ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 83, Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 314, Asser/Mijnssen/De Haan 3-I, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 239; Zie voor een nadere beschrijving van deze ontwikkeling en een kritische bespreking van de receptie van het titelbegrip voorts S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, Den Haag: Boom, p. 69 e.v.

⁴¹ Verdere uitzonderingen op de regel zijn bijvoorbeeld te vinden in art. 3:53 lid 2 BW (onthouden van werking vernietiging door rechter) en art. 3:26 BW (bescherming tegen onjuist feit uit registers).

⁴² Zie voor argumenten: A.F. Salomons, *2104 tot 1950*, Deventer: Kluwer 1997, p. 265 e.v.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

geen goederenrechtelijke werking, zodat een vernietigde of nietige titel niet door kan werken in een overdracht waarbij een onwetende derde is betrokken.

Toch is uiteindelijk niet gekozen voor een abstract titelvereiste in ons BW. Dit komt doordat de problemen die een puur causaal titelvereiste eventueel kan opleveren voor derden in te perken zijn door de reeds genoemde derdenbeschermende bepalingen. Voor Meijers was dit tevens een rechtvaardiging om überhaupt tot de keuze van een causaal titelvereiste te komen, of zoals te lezen valt in zijn Toelichting:

De bezwaren die onder het tegenwoordige wetboek tegen het causale stelsel bestaan, zijn door het volgende artikel (3:86 BW, GJLB) te ondervangen. Zij die, onbekend met de gebreken van een titel van een vroegere verkrijging, een goed geleverd hebben gekregen, worden als verkrijgers te goeder trouw beschermd. Hetzelfde is het geval bij een door partijen veronderstelde titel, die nooit bestaan heeft. Nagenoeg hetzelfde resultaat is ook volgens het andere stelsel (...) – het z.g. abstracte stelsel – te bereiken. (...) Op deze wijze wordt de keuze tussen het causale en het abstracte stelsel minder door principiële dan wel door ondergeschikte rechtsgevolgen en door de meest doelmatige systematiek bepaald.⁴³

Het is interessant om kort stil te staan bij deze overwegingen van Meijers. Hij lijkt de doelmatigheid van de constructie waarmee derden worden beschermd in een overdrachtsysteem bóven de vraag te stellen welke rechtvaardiging het resultaat van overdracht billijkt. Dus niet de geldige titel of de wil tot levering zijn van belang bij de vraag of er gekozen moet worden voor een abstract of causaal titelvereiste, maar de mogelijkheid die beide systemen bieden om doelmatig de belangen van derden te beschermen. Mijns inziens gaat de redenering van Meijers mank op het punt dat hij symptomenbestrijding (de gevolgen die derden ondervinden) plaatst boven een gedegen onderzoek naar de oorzaken (welke factor rechtvaardigt het resultaat van overdracht).⁴⁴ Zijn redenering levert echter geen problemen op ten aanzien van de aard van het titelvereiste: deze blijft causaal, zij het dat de goede trouw van derden in sommige gevallen aan deze causaliteit kan derogeren. Specifieke ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst lijkt dan ook niet gecreëerd te worden met een dergelijke afwijking van het causaliteitsvereiste. De genoemde afwijking komt immers niet voort uit de (inhoudelijke) verschuiving van een causaal naar een abstract titelvereiste, – hetgeen mogelijk ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst impliceert – maar uit de bescherming die derden te goeder trouw genieten. Nu duidelijk is gebleken dat het titelvereiste uit art. 3:84 BW geen ruimte laat voor een abstract titelvereiste, zal aan de hand van de resterende overdrachtsvereisten – beschikkingsbevoegdheid en levering –

⁴³ Parl. Gesch., Boek 3, TM, p. 317.

⁴⁴ Dit kan wellicht worden verklaard door het feit dat Meijers zich in eerdere tijden had uitgesproken als voorstander van een abstract titelvereiste.

moeten worden onderzocht of hierin eventueel ruimte is te vinden voor een ‘niet abstracte’ goederenrechtelijke overeenkomst.

Beschikkingsbevoegdheid

In hoeverre beïnvloedt het vereiste van beschikkingsbevoegdheid de mogelijke dogmatische ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW? Hierover kan ten eerste worden opgemerkt dat op het tijdstip waarop de levering wordt voltooid in de meeste gevallen moet zijn voldaan aan het vereiste dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is.⁴⁵ Alleen in het geval dat de levering bij voorbaat wordt verricht geldt dit niet. In dat geval speelt de beschikkingsbevoegdheid slechts een rol ter verificatie van hetgeen bij voorbaat is geleverd op grond van een rechtsverhouding die dit rechtvaardigt. In alle andere gevallen zal de vervreemder dus beschikkingsbevoegd moeten zijn alvorens hij een geldige levering kan verrichten die overdracht bewerkstelligt.

Voortbordurend op het bovenstaande kan ik vervolgens vaststellen dat de vervreemder (behalve bij levering bij voorbaat) steeds beschikkingsbevoegd zal moeten zijn om een goederenrechtelijke overeenkomst aan te kunnen gaan die tot overdracht leidt. De vervreemder kan zijn ‘wil tot levering’ in temporeel opzicht pas effectueren indien hij beschikkingsbevoegd is, wat de goederenrechtelijke overeenkomst in haar mogelijkheden als overdracht rechtvaardigend (wils)element ernstig belemmert. Slechts een beschikkingsbevoegde vervreemder kan immers een geldige goederenrechtelijke overeenkomst tot stand brengen, terwijl de geldigheid van het andere overdracht rechtvaardigend (wils)element – de titel – niet afhangt van iemands bevoegdheid om te kunnen beschikken over een bepaald goed. Uit deze redenering kan men nu afleiden dat voor de goederenrechtelijke overeenkomst slechts een ‘restrol’ in de rechtvaardiging van de overdracht is weggelegd in ons causaal stelsel. Het zal qua plaatsing in tijd vrijwel altijd ná (of hooguit tegelijk met) de titel komen, en dus rechtvaardigen wat de titel al rechtvaardigt. Dit betekent overigens niet dat er geen dogmatische ruimte voor de goederenrechtelijke overeenkomst is in het systeem van art. 3:84 BW, doch dat deze ruimte enigszins beperkt is.

De levering bij voorbaat zou echter de mogelijkheid tot het aangaan van een goederenrechtelijke overeenkomst aanzienlijk moeten verbreden.⁴⁶ In afwachting van iemands beschikkingsbevoegdheid kan immers bij voorbaat worden geleverd, zodat het aangaan van de goederenrechtelijke overeenkomst zowel qua strekking als qua plaatsing in tijd niet beperkt wordt tot het moment waarop iemand beschikkingsbevoegd is. In de literatuur wordt dit dan ook wel aangeduid als een goederenrechtelijke overeenkomst

⁴⁵ Asser/Mijnssen/De Haan 3-I, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 247.

⁴⁶ Zie voor een uitgebreide literatuurbespreking op dit punt Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 66 e.v.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

onder opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid.⁴⁷ Hoewel een dergelijke juridische constructie de goederenrechtelijke overeenkomst zou kunnen bevrijden uit haar 'restrol' (in de zin van een tweede, rechtvaardigend (wils)element) ten opzichte van de titel, past deze constructie slecht in ons causale stelsel. Zeker indien de totstandkoming van de titel in tijd samenvalt met het verrichten van de leveringshandeling en het aangaan van de goederenrechtelijke overeenkomst, valt niet in te zien wat het nut zou zijn van twee (wils)elementen die beide (een gedeelte van) de overdracht rechtvaardigen. Net zoals in het systeem van de Franse Code Civil, waar in elke titel tevens een levering constitutum possessorium geacht werd besloten te liggen (een belangrijke reden waarom men uiteindelijk gekozen heeft voor één (wils)element in de vorm van de titel),⁴⁸ doet het hebben van twee afzonderlijke (wils)elementen die in tijd en in opmaak (vrijwel) geheel samenvallen eerder onnodig complicerend aan dan puur noodzakelijk.

Het bovenstaande geeft aan dat er vanuit het perspectief van beschikkingsbevoegdheid slechts dogmatische ruimte is voor de goederenrechtelijke overeenkomst die tot stand komt nadat iemand beschikkingsbevoegd is geworden. De goederenrechtelijke overeenkomst bij voorbaat heeft geen toegevoegde waarde ten opzichte van de titel, en past slecht in ons causale stelsel. In dit kader is er voor de goederenrechtelijke overeenkomst slechts een beperkt toepassingsgebied, aangezien de titel veelal zal rechtvaardigen wat vervolgens door de goederenrechtelijke overeenkomst nogmaals bevestigd moet worden. De 'restrol' die de goederenrechtelijke overeenkomst in ons vermogensrecht kan spelen zal daarom wellicht meer gezocht moet worden in de rechtvaardiging van de levering zelf.

Het rechtskarakter van de levering

Ik heb inmiddels vastgesteld dat de goederenrechtelijke overeenkomst die eventueel in de leveringshandeling besloten ligt niet de gehele overdracht dient te rechtvaardigen, maar slechts de leveringshandeling zelf. Om die reden zal het rechtskarakter van de leveringshandeling hieronder aan een onderzoek onderworpen worden, want alleen indien het rechtskarakter van de levering gelijkenis heeft met een overeenkomst zal de conclusie gerechtvaardigd zijn dat ook in ons causale stelsel de leveringshandeling een goederenrechtelijke overeenkomst behelst.⁴⁹ Toch is het niet zo eenvoudig om *het* rechtskarakter van de levering vast te stellen. Allereerst komt dit voort uit het feit dat er meerdere categorieën van overdraagbare goederen zijn, te weten roerende zaken, onroerende zaken en vermogensrechten. Al deze soorten goederen worden op verschillende wijzen geleverd, waarbij alleen al bij de levering van roerende zaken de volgende leveringsmodaliteiten voorhanden zijn: art. 3:90 BW (bezitsverschaffing), art.

⁴⁷ Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 70.

⁴⁸ Zie hiervoor W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006, p. 278 e.v.

⁴⁹ Vergelijk in dit opzicht de opmerking van Von Savigny zoals geciteerd in paragraaf 2, zie voorts Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 50.

3:95 BW (levering bij akte), art. 3:97 BW (levering bij voorbaat), etc. Deze handelingen komen qua karakter dikwijls niet met elkaar overeen en bovendien is er in het algemeen in de literatuur en rechtspraak alles behalve overeenstemming over de aard van het rechtskarakter van de levering.⁵⁰ Een tweetal voorbeelden moge dit verduidelijken.

De levering van roerende zaken ex. art. 3:90 BW kan duidelijk illustreren dat er op het niveau van de leveringshandeling zelf regelmatig onenigheid is in de literatuur omtrent het rechtskarakter van een specifieke leveringsmodaliteit. Zo wordt in de literatuur enerzijds gesteld dat er geen goederenrechtelijke overeenkomst in deze leveringsmodaliteit besloten ligt, omdat de verkeersopvatting bepalend is voor de overgang van bezit en niet de wil van partijen hiertoe.⁵¹ Anderzijds wordt echter gesteld dat in dezelfde leveringsmodaliteit wél een goederenrechtelijke overeenkomst besloten ligt en dat deze schuilt in de feitelijke overgave van het goed.⁵² Welke visie verdient de voorkeur? Maar belangrijker nog: is op basis van (één van) deze meningen een sluitend oordeel te vellen over het rechtskarakter van de leveringshandeling ex art. 3:90 BW?

Ook op een algemeen, systematisch niveau (ook wel: macroniveau) is er onduidelijkheid die wellicht niet gemakkelijk te overkomen is. Zo kan de levering van onroerende zaken dienen als voorbeeld dat er geen eenstemmigheid is omtrent de vraag of er in het algemeen een goederenrechtelijke overeenkomst besloten ligt in de leveringshandeling. Hoewel in grote mate overeenstemming bestaat over het gegeven dat deze leveringsformaliteit een goederenrechtelijke overeenkomst behelst,⁵³ wordt het door sommigen gezien als de enige plaats waar daadwerkelijk ruimte is voor een goederenrechtelijke overeenkomst (daarmee aangevend dat bij de levering van roerende zaken en vorderingsrechten hiervoor geen ruimte is.)⁵⁴ Moet nu worden geconcludeerd dat op macroniveau niet gezegd kan worden dat een goederenrechtelijke overeenkomst is vereist voor overdracht?

Hier zal vooralsnog geen standpunt ingenomen worden inzake het rechtskarakter van de leveringshandeling(en). Het is echter wel duidelijk geworden dat de ruimte voor de goederenrechtelijke overeenkomst in het Nederlands vermogensrecht beperkt is tot een rechtvaardigend element van de leveringshandeling zelf, in tegenstelling tot een overdracht rechtvaardigend (wils)element zoals de ‘Einigung’ dat in Duitsland is, of de titel in art. 3:84 BW. Het rechtskarakter van de levering zou doorslaggevend moeten zijn bij de beantwoording van de vraag of de (beperkte) ruimte die er in het Nederlands vermogensrecht bestaat voor dit leerstuk daadwerkelijk ingenomen wordt. Een voorlopige

⁵⁰ Vgl. J.S. Kortmann, ‘Reactie op: De handel in emissierechten: het causale stelsel ‘uitgestoten?’’, *WPNR* 6631, p. 627.

⁵¹ Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 50.

⁵² Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 327.

⁵³ Bijv. Mijnsen, *Materieel beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 68 die uitgaat van het feit dat een leveringsakte als rechtshandeling ex art. 3:300 BW vervangen kan worden.

⁵⁴ W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006, p 258.

conclusie zal daarmee moeten luiden: er is (beperkte) dogmatische ruimte voor de goederenrechtelijke overeenkomst in het systeem van art. 3:84 BW, maar er is gezien de onduidelijkheid die omtrent het rechtskarakter van de levering heerst allerminst duidelijkheid of deze ruimte daadwerkelijk ingenomen wordt. Daarom zal in de volgende paragraaf eerst de vraag op macroniveau gesteld worden: is de goederenrechtelijke overeenkomst noodzakelijk om een overdracht uit art. 3:84 BW dogmatisch te onderbouwen?

4. Dogmatische noodzakelijkheid

Het begrip 'goederenrechtelijke overeenkomst' in de Nederlandse literatuur

Hoewel in de literatuur de vraag naar de dogmatische ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst meestal wordt benaderd vanuit een analyse per leveringsvorm,⁵⁵ wordt in dit opstel juist gekozen voor een benadering op macroniveau. Centraal in deze benadering staat de vraag: is de goederenrechtelijke overeenkomst noodzakelijk om een overdracht uit art. 3:84 BW dogmatisch te onderbouwen?

Om een antwoord te krijgen op deze vraag zal ten eerste de begripsdiscussie ten aanzien van de goederenrechtelijke overeenkomst uitgelicht worden. Eerder bleek al dat er binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW beperkte ruimte is voor een goederenrechtelijke overeenkomst. In tegenstelling tot de originele idee van Von Savigny, kan het leerstuk binnen het stelsel van art. 3:84 BW slechts als 'niet abstract' rechtvaardigend element werken ten opzichte van de leveringshandeling zelf (niet ten aanzien van de gehele overdracht). Hoe dit specifiek *levering* rechtvaardigend (wils)element vervolgens vorm zou moeten krijgen in een concrete juridische omschrijving is niet terug te voeren naar de geschriften van Von Savigny, en volgt ook niet direct uit het systeem van de wet. De onduidelijkheid die hierdoor met betrekking tot het begrip 'goederenrechtelijke overeenkomst' ontstaat weerklinkt in de literatuur. Een eenduidig begrip van het concept 'goederenrechtelijke overeenkomst' is daar namelijk geenszins te vinden.

Toch is het belangrijk om te achterhalen welke concrete juridische omschrijving hoort bij het begrip 'goederenrechtelijke overeenkomst'. Pas wanneer deze concrete juridische omschrijving vaststaat kan namelijk beoordeeld worden of deze omschrijving binnen het systeem van art. 3:84 BW een dogmatische noodzakelijkheid vormt. Derhalve is het interessant om nu de verschillende varianten van de goederenrechtelijke overeenkomst te bekijken die in het Nederlands vermogensrecht zijn geponeerd. Welke varianten bestaan er? In hoeverre verschillen deze varianten van elkaar, en is er ondanks de onenigheid

⁵⁵ S.E. Bartels. 'Recensie van: Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Ofwel taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht', *NTBR* 1997 nr. 6, p. 147-148 "Voorstanders van deze rechtsfiguur illustreren hun gelijk voortdurend met voorbeelden waaruit zou blijken dat de goederenrechtelijke overeenkomst onmiskenbaar is. Vrijwel al deze voorbeelden zijn door de tegenstanders elders weer bestreden. Dit heen en weer geschrijf van onmiskenbaarheidsvoorbeeld en weerlegging heeft al vele pagina's gevuld.".

binnen de literatuur toch consensus te ontwaren met betrekking tot het begrip ‘goederenrechtelijke overeenkomst’?

Drie begripsvarianten en een beperkte consensus

Grofweg kan men drie verschillende begripsvarianten onderscheiden in de literatuur waarmee de goederenrechtelijke overeenkomst voorzien wordt van een concrete juridische omschrijving. Dit zijn: de strikt consensuele variant die werd geïntroduceerd door Paul Scholten, de gecombineerd consensuele variant zoals onder meer omschreven door Köster en ten slotte de synthetische variant die o.m. wordt verdedigd door Hartkamp.⁵⁶ Hieronder zullen deze drie varianten aan de hand van hun definitie behandeld worden, waarna door middel van een korte toelichting de achtergrond en de dogmatische functie van deze definities uit de doeken zal worden gedaan. Vermeldenswaardig is nog wel dat de term ‘goederenrechtelijke overeenkomst’ zelf ook een bepaalde keuze impliceert.⁵⁷ Hier is ervoor gekozen om de begrippen ‘zakelijke overeenkomst’ en ‘zakenrechtelijke overeenkomst’ te scharen onder het (ruimere) begrip ‘goederenrechtelijke overeenkomst’.

De strikt consensuele variant werd in 1905 door Scholten in het Nederlands vermogensrecht geïntroduceerd. De goederenrechtelijke overeenkomst is volgens hem:

Een overeenkomst, waarbij de door wederzijdsche wilsverklaringen tot stand gekomen overeenstemming ten doel heeft den eigendom van de eene partij op de andere te doen overgaan.⁵⁸

Uit de bovenstaande formulering kan men afleiden dat de goederenrechtelijke overeenkomst in de visie van Scholten puur gericht is op eigendomsoverdracht en dat een enkele wilsovereenstemming deze overdracht al kan bewerkstelligen. De leveringsformaliteiten die voor een eigendomsoverdracht verricht moeten worden komen echter niet voor in de omschrijving van Scholten. Hij laat hiermee een dogmatisch hiaat achter waar vele auteurs na hem nog mee hebben geworsteld. Alhoewel het begrip van Scholten tegenwoordig niet meer op veel aanhang kan rekenen, valt niet te miskennen dat het deze omschrijving is geweest waarop later is voortgebouwd door andere auteurs in hun pogingen om de goederenrechtelijke overeenkomst van een eigen omschrijving te

⁵⁶ Andere begripsindelingen zijn te vinden in: . J.L. Den Dulk, *De zakelijke overeenkomst*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1979, p. 20 e.v., Groene serie privaatrecht aant. 22.2 bij art. 3:84 lid 1 BW (Keirse), en Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, p 21-33.

⁵⁷ De term goederenrechtelijke overeenkomst is juister dan zakelijke- of zakenrechtelijke overeenkomst omdat in de terminologie van het huidige BW niet alleen zakelijke rechten onder het regime van art. 3:84 BW vallen, maar tevens absolute vermogensrechten, zie: Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 45

⁵⁸ C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Tweede Deel, bewerkt door P. Scholten, Zwolle, 1905, p. 96.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

voorzien.⁵⁹ Zij hebben logischerwijs moeten onderkennen dat de wettelijk vereiste leveringsformaliteiten ook onderdeel behoren te zijn van een geslaagde overdracht van een goed, maar verschillen van mening over de dogmatische positie van deze leveringsformaliteiten. Zo heeft men zich afgevraagd of de voor overdracht benodigde leveringshandelingen zelf onderdeel zijn van de goederenrechtelijke overeenkomst, of dat zij als feitelijke elementen los gezien moeten worden van dit concept.

Köster formuleerde een omschrijving waarin de goederenrechtelijke overeenkomst duidelijk losstaat van de (feitelijke) leveringshandeling. Hij stelt de goederenrechtelijke overeenkomst als:

een tweezijdige rechtshandeling van vervreemder en verkrijger waardoor hetzij zonder meer, hetzij in combinatie met een formaliteit welke ook buiten de actieve medewerking van de vervreemder kan worden vervuld, een lichamelijke of onlichamelijke zaak wordt overgedragen, dan wel een zakelijk recht in het leven geroepen of tenietgedaan.⁶⁰

De zinsnede “in combinatie met een formaliteit” duidt op een benadering van de goederenrechtelijke overeenkomst als een zelfstandige wilsovereenstemming, die (eventueel) in combinatie met een daaropvolgende leveringsformaliteit tot de geslaagde overdracht van een goed leidt. Meerdere auteurs delen deze opvatting van de goederenrechtelijke overeenkomst.⁶¹ Zij beschouwen het begrip als een aanvullend rechtvaardigend wilselement dat specifiek is gericht op de totstandkoming van de levering, maar verklaren aan de hand hiervan niet de gehele leveringshandeling. Een losstaand feitelijk element blijft over.

In de synthetische visie die o.m. wordt verdedigd door Hartkamp is echter een grotere rol weggelegd voor de leveringsformaliteiten binnen het begrip van de goederenrechtelijke overeenkomst. In deze visie wordt de goederenrechtelijke overeenkomst omschreven als:

de rechtshandeling, met inachtneming van de door de wet voorgeschreven vormvoorschriften totstandgekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, die gericht zijn op het doen ontstaan of overgaan, het wijzigen of doen tenietgaan van een recht op een goed.⁶²

⁵⁹ Vgl. J.L. Den Dulk, *De zakelijke overeenkomst*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1979, p. 20.

⁶⁰ H.K. Köster, 'Cessie naar huidig en wordend recht' in: O.A.C. Verpaalen, H.K. Köster, *Cessie naar huidig en wordend recht* (Preadviezen Broederschap van Candidaat-Notarissen 1964), 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1964., p. 96.

⁶¹ Groene serie privaatrecht aant. 22.2 onder b bij art. 3:84 lid 1 BW (Keirse), zo ook Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 31 “al dan niet in combinatie met een feitelijke handeling of nadere afspraak”, met verwijzing aldaar naar overeenkomstige meningen van HJ Snijders, en Hijma en Olthof.

⁶² Asser-Hartkamp 4-II, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 21.

In de bovenstaande definitie is het van groot belang welke betekenis wordt toegekend aan de woorden “met inachtneming van ...”. Deze woorden bepalen namelijk in hoeverre de leveringsformaliteiten werkelijk deel uit maken van de goederenrechtelijke overeenkomst. Mijnsen, die deze definitie van de goederenrechtelijke overeenkomst onderschrijft, zegt hierover het volgende:

De tot overdracht strekkende wilsovereenstemming dient in de voorgeschreven vorm tot uiting te komen. Het is ondoelmatig reeds van een goederenrechtelijke overeenkomst te spreken wanneer tussen vervreemder en verkrijger wilsovereenstemming met betrekking tot de overdracht bestaat, zonder dat zij in de door de wet vereiste vorm tot uiting is gekomen. Zou men dit aannemen dan zou aan de goederenrechtelijke overeenkomst geen enkel rechtsgevolg zijn verbonden.⁶³

De enkele wilsovereenstemming is in deze visie dus nog geen goederenrechtelijke overeenkomst. Van een goederenrechtelijke overeenkomst is pas sprake indien de wilsovereenstemming tussen partijen geuit wordt door het voldoen aan de leveringsformaliteiten. Zo beschouwd is de goederenrechtelijke overeenkomst in deze opvatting een synthese tussen wilsovereenstemming omtrent de levering enerzijds, en het daadwerkelijk verrichten van leveringsformaliteiten anderzijds. Bij het onderbouwen van zijn visie verwerpt Mijnsen de o.m. door Köster voorgestane opvatting van de goederenrechtelijke overeenkomst als ‘ondoelmatig’, hetgeen de verdeeldheid aantoont tussen de verschillende stromingen van voorstanders. Men kan zich overigens afvragen of de synthese tussen wilsovereenstemming en ‘uiting’ daarvan in het verrichten van leveringsformaliteiten wél een doelmatige analyse is van de leveringseis uit art. 3:84 BW. Vooral de ‘uiting’ van de wilsovereenstemming in het verrichten van de leveringshandeling komt mij enigszins voor als het met hangen en wurgen onderbrengen van de leveringsformaliteiten binnen het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst.⁶⁴ Want als er een wil of rechtvaardiging geuit wordt in het verrichten van de leveringshandeling, zou deze wil of rechtvaardiging dan niet reeds voortvloeien uit de overdrachtstitel? Hoe doelmatig is een goederenrechtelijke overeenkomst dan precies? Hoe het ook zij, op deze plaats zal eerst getracht worden een consensus te ontwaren binnen dit verdeelde veld van auteurs.

Uit de hierboven beschreven discussie kan worden vastgesteld dat er geen overheersende consensus bestaat ten aanzien van de concrete invulling van het begrip ‘goederenrechtelijke overeenkomst’. Het zijn in het bijzonder de (feitelijke) leveringshandelingen die verricht moeten worden om tot een geslaagde overdracht te komen die de verschillende auteurs hoofdbrekens bezorgen. Er zijn evenwel, ondanks dit

⁶³ Zie Asser/Mijnsen/De Haan 3-I, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nrs. 207 (voor verwijzing naar definitie Hartkamp) en 208.

⁶⁴ J.L. Den Dulk, *De zakelijke overeenkomst*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1979, p. 10 e.v. en Van Oven aldaar genoemd.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

verschil in opvatting, op beperkte schaal overeenstemmende elementen aan te treffen in de omschrijvingen die gehanteerd worden voor de goederenrechtelijke overeenkomst. Zo zijn vrijwel alle auteurs van mening dat er tussen partijen wilsovereenstemming moet bestaan, en dat deze wilsovereenstemming gericht moet zijn op het verrichten van de leveringshandeling. Concreet omschreven komt dit neer op de volgende (beperkte) consensus: de goederenrechtelijke overeenkomst is een “meerzijdige rechtshandeling vereist voor de totstandkoming van de levering.”⁶⁵ Vragen die bij deze omschrijving opkomen zijn: wat is nu eigenlijk specifiek ‘goederenrechtelijk’ aan deze wilsovereenstemming? Heeft de overeenkomst dat er geleverd moet worden wellicht direct goederenrechtelijk gevolg?

Ten aanzien van dit directe goederenrechtelijke gevolg kan gezegd worden dat het in ieder geval in de als tweede besproken opvatting van de goederenrechtelijke overeenkomst ontbreekt, aangezien er nog een leveringsformaliteit moet worden verricht om tot een geslaagde levering te komen. In de derde opvatting hoort het verrichten van de leveringshandeling als ‘uiting’ van de wilsovereenstemming bij de goederenrechtelijke overeenkomst; van direct goederenrechtelijk gevolg is hier evenwel geen sprake. Want hoewel in deze laatste visie de levering door het voldoen aan de goederenrechtelijke overeenkomst tot stand is gekomen, brengt een op zichzelf staande levering nog geen goederenrechtelijk gevolg mee. Van goederenrechtelijk gevolg is namelijk pas sprake indien de levering binnen de context van een overdracht plaatsvindt, dat wil zeggen indien geleverd wordt door een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel.⁶⁶ De goederenrechtelijke overeenkomst dankt haar kwalificatie ‘goederenrechtelijk’ derhalve niet aan het direct goederenrechtelijk gevolg dat uit de overeenkomst voortvloeit. Dankt het, Von Savigny volgend,⁶⁷ wellicht dan haar ‘goederenrechtelijke’ kwalificatie aan het rechtskarakter van de overeenkomst zelf? Hierover kan ik kort zijn. Uitgaande van de concrete juridische omschrijving is de goederenrechtelijke overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling, vereist voor de totstandkoming van de levering. Maar uit deze omschrijving volgt niet direct het goederenrechtelijke karakter van de overeenkomst, sterker nog: een obligatoire overeenkomst is ook een meerzijdige rechtshandeling. Men zou vervolgens kunnen stellen dat het doel van de goederenrechtelijke overeenkomst bepalend is voor het rechtskarakter. Een goederenrechtelijke overeenkomst heeft ten doel om een goed of recht over te dragen of te vestigen. Maar dit doel is nu juist al kenmerkend voor de verbintenissenrechtelijke overeenkomst tot overdracht: de titel. Per slot van rekening

⁶⁵ Groene serie privaatrecht aant. 22.3 bij art. 3:84 lid 1 BW (Keirse)

⁶⁶ Zie voor deze definitie ook het verschil tussen ‘levering’ en ‘overdracht’ in de zin van de handeling van het overdragen, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 69.

⁶⁷ Overeenkomsten konden volgens Von Savigny behalve in het verbintenissenrecht, tevens aangetroffen worden in het goederenrecht, H. Coing, *Europäisches Privatrecht* dl. II, München: Beck 1989. p. 394 ‘Vertragen gäbe es vielmehr in allen Bereichen des Privatrechts...’.

impliceert het sluiten van een koopovereenkomst niets meer of minder dan dat het te verkopen goed door middel van overdracht in het vermogen van de koper belandt.

Vanuit het bovenstaande perspectief is de verwarring omtrent de goederenrechtelijke overeenkomst wel enigszins te begrijpen. Er valt slechts een beperkte consensus te ontwaren omtrent de begripsomschrijving. Naast deze (beperkte) overeenstemming, is op het fundamentele punt van de positie van de leveringsformaliteiten binnen het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst geenszins sprake van consensus. Ten slotte is het moeilijk om iets ‘goederenrechtelijks’ te zien in de goederenrechtelijke overeenkomst. De overeenkomst veroorzaakt geen direct goederenrechtelijk gevolg, wordt omschreven in algemeen vermogensrechtelijke termen en heeft geen werkelijk ander doel dan bijvoorbeeld een (obligatoire) koopovereenkomst. Dit geheel aan feiten en omstandigheden leidt ertoe dat de goederenrechtelijke overeenkomst een tamelijk ijle en ongrijpbare figuur is in het Nederlands vermogensrecht. Bovendien wordt de discussie over het rechtskarakter van de levering ernstig vertroebeld door de koppeling van de leveringseis aan de goederenrechtelijke overeenkomst.

Een vergelijking met Zwitserse ‘Fahrniseigentum’

Omdat het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst moeilijk tastbaar blijkt te zijn in het Nederlandse vermogensrecht zal ik proberen tot een beter inzicht in de materie te komen door middel van rechtsvergelijking met het Zwitserse recht. Het Zwitserse recht betreffende ‘Fahrniseigentum’ (roerende zaken) biedt namelijk nieuwe inzichten in de manier waarop een overdrachtsstelsel met een causaal titelvereiste zich verhoudt tot de idee van de goederenrechtelijke overeenkomst. De Zwitserse wetgever heeft bij de regeling van ‘Fahrniseigentum’ in art. 714 ZGB een open norm opgenomen ten aanzien van de aard van het titelvereiste (abstract of causaal), wat vervolgens heeft geleid tot een interessante discussie over de (wenselijke) aard van het titelvereiste en de daarmee samenhangende keuze voor een goederenrechtelijke overeenkomst.⁶⁸ Steen des aanstoots in de discussie, die tot op de dag van vandaag duurt, is het arrest Grimm/Konkursmasse Näf.⁶⁹

In dit arrest dat door het Zwitserse hooggerechtshof werd gewezen in 1929 had Näf zijn woonhuis met werkplaats en winkel, inclusief de (roerende) zaken die daarin aanwezig waren verkocht aan Grimm. Nog voordat de overdracht van de onroerende zaak in het Grundbuch was ingeschreven, betrok Grimm het object en nam hij de roerende zaken alvast in bezit. Terwijl hij deze roerende zaken inventariseerde kwam Grimm tot de conclusie dat hij door Näf was bedrogen. Hierop ontbond hij de koopovereenkomst, waardoor de overdracht van de onroerende zaak vervolgens niet meer doorging. Korte tijd later werd Näf in staat van faillissement verklaard. De roerende zaken die Grimm eerder in

⁶⁸ Slechts de overgang van bezit is als uitgesproken eis af te leiden uit art. 714 ZGB: ‘Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes’.

⁶⁹ BGE 55 II 302.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

bezit had genomen werden in beslag genomen ten bate van de faillissementsboedel ('Konkursmasse'). Hiertegen verzette Grimm zich, omdat hij meende eigenaar te zijn geworden van de zaken aangezien er ten tijde van de bezitsoverdracht tussen partijen de wil bestond om eigendom over te dragen. Volgens hem bleven de roerende zaken derhalve buiten de faillissementsboedel. Het Zwitserse hooggerechtshof moest in deze zaak bepalen of de wilsovereenstemming omtrent de tot stand gekomen levering afdoende rechtsgrond opleverde (abstract titelvereiste), of dat hiervoor toch een geldige titel nodig was die tot overdracht verplichtte (causaal titelvereiste). Welke mening was het hooggerechtshof toegedaan?

Volgens het Zwitserse hooggerechtshof is voor een geslaagde overdracht levering op grond van een geldige titel vereist. Hiermee gaat men in de Zwitserse jurisprudentie uit van een causaal titelvereiste. Deze keuze van het hooggerechtshof voor een causaal titelvereiste bij 'Fahrniseigentum' ging gepaard met de uitdrukkelijke afwijzing van een 'abstrakter dinglicher Vertrag'.⁷⁰ In vergelijking met onze 'niet abstracte' goederenrechtelijke overeenkomst is het interessant te onderzoeken welk(e) element(en) hierin doorslaggevend zijn geweest. Met andere woorden: is het 'abstrakter dinglicher Vertrag' afgewezen op basis van het 'Abstraktionsprinzip', op grond van het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst zelf, of was het een combinatie van de genoemde factoren?

De voornaamste reden om het 'abstrakter dinglicher Vertrag' af te wijzen was dat het gezien werd als een ondoelmatig, kunstmatig geconstrueerd concept om de goederenrechtelijke gevolgen van een eigendomsoverdracht gescheiden te houden van de geldigheid van de overdrachtstitel.⁷¹ In zoverre was de afwijzing van het 'abstrakter dinglicher Vertrag' dus niet veel meer dan een afwijzing van het 'Abstraktionsprinzip'. Voor onze – in een causaal titelvereiste functionerende – goederenrechtelijke overeenkomst bieden deze argumenten geen bruikbare inzichten. Wat kan dan uit deze uitspraak gedestilleerd worden dat wél relevant is voor ons probleem?

De relevantie van deze uitspraak is vooral gelegen in de wijze waarop het hooggerechtshof de afwijzing formuleert van het abstracte titelvereiste, te weten aan de hand van het 'abstrakter dinglicher Vertrag'. Hierboven werd reeds aangegeven dat de argumenten op zichzelf eigenlijk alleen het abstracte titelvereiste onderuithalen, maar het opvallende hieraan is dat dit steeds wordt gedaan aan de hand van het 'abstrakter dinglicher Vertrag'. Zodoende wordt het 'Abstraktionsprinzip' niet alleen afgewezen, maar wordt ook Von Savigny's concept afgewezen dat de *traditio* bestempelt als een van de overdrachtstitel losstaande goederenrechtelijke overeenkomst. Bovendien meent het hooggerechtshof dat elke eigenschap die mogelijk is toe te schrijven aan een

⁷⁰ BGE 55 II 306 e.v.

⁷¹ "Vielfach wird denn überhaupt die Abstraktion des dinglichen Geschäftes von der Kausalvereinbarung als eine künstliche Konstruktion bezeichnet" BGE 55 II 307.

goederenrechtelijke overeenkomst reeds besloten ligt in de overdrachtstitel.⁷² Derhalve biedt deze uitspraak wellicht geen nieuwe argumenten ten aanzien van ons specifieke probleem van een goederenrechtelijke overeenkomst in een causaal overdrachtstelsel, maar kan niettemin uit deze uitspraak wel een belangrijk inzicht worden vergaard. De afwijzing van een abstract titelvereiste brengt inherent de afwijzing met zich van een goederenrechtelijke overeenkomst, zo blijkt uit de opvatting van het Zwitserse hooggerechtshof. Samenvattend was de afwijzing van het ‘abstrakter dinglicher Vertrag’ dus een (onlosmakelijke) combinatie tussen de afwijzing van het ‘Abstraktionsprinzip’ en de daaraan verbonden goederenrechtelijke overeenkomst, en wordt dus ook ten aanzien van de noodzakelijkheid van een goederenrechtelijke overeenkomst een ferm standpunt ingenomen. Wat was de reactie op deze nieuwe stand van zaken?

De reacties die zijn verschenen in de Zwitserse literatuur en rechtspraak naar aanleiding van het bovenstaande arrest kunnen worden betiteld als zeer verdeeld. In het Zürcher Kommentar van 1977 wordt dan ook opgemerkt: “Dieses Urteil (BGE 55, II, 302 Grimm/Konkursmasse Näf, GJLB) hat freilich die Kontroverse nicht abzuschneiden vermocht, sie geht nach wie vor weiter.”⁷³ Zo werd in lagere, kantonale rechtspraak enige jaren na de uitspraak nog wel eens afgeweken van het ingenomen standpunt van het hooggerechtshof,⁷⁴ en strijden de voor- en tegenstanders tot op heden verder in hun pogingen de invulling van art. 714 ZGB te bepalen.

Als meest invloedrijke voorstanders van het causale titelvereiste in het Zwitserse recht bij art. 714 ZGB gelden Haab/Simonius in hun bewerking van het Zürcher Kommentar. Zij menen, in overeenstemming met het hooggerechtshof, dat de goederenrechtelijke overeenkomst een wezenskenmerk is van een abstract titelvereiste en zien derhalve geen ruimte voor dit concept binnen een overdrachtstelsel dat berust op een causaal titelvereiste.⁷⁵ Hun opvatting is dan ook goed te verwoorden in de vaststelling die reeds werd gedaan bij de bespreking van BGE 55 II 302 (Grimm/Konkursmasse Näf): uit de afwijzing van het abstracte titelvereiste volgt logisch gezien de afwijzing van een goederenrechtelijke overeenkomst.

Tegen deze logische afwijzing wordt ingegaan door Honsell, die de leveringshandeling – in ieder geval de bezitsverschaffing – ziet als een ‘Vertrag’, wat

⁷² “Will man den dinglichen Vertrag nicht geradezu in das Kausalgeschäft hineinverlegen (...), so wird man nicht darum herumkommen, im Liegenschaftsrecht mindestens eine in der Anmeldung (Eintragungsbewilligung) liegende dingliche Verfügung des Veräussers, als Gegenstück zum dinglichen Vertrag in Fahrnisrecht anerkennen zu müssen (...) Lässt sich aber im Liegenschaftsrecht die abstrakte Natur jene einseitigen dinglichen Verfügung verneinen, (...) so ist dies bei beweglichen Sachen für den dinglichen Vertrag nicht weniger möglich. (BGE 55 II 308) zie bijlage I.

⁷³ Vgl Haab/Simonius, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich: Schulthess, 1977, Art. 714 ZGB, p. 646.

⁷⁴ Zie noot hierboven.

⁷⁵ Haab/Simonius, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich: Schulthess, 1977, Art. 714 ZGB, p. 658-659.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

vervolgens als aanleiding wordt beschouwd om het ‘dinglicher Vertrag’ in te voeren.⁷⁶ Hiermee hangt de invoering van het ‘Abstraktionsprinzip’ samen. Want, zo stelt Honsell, het hooggerechtshof heeft in de motivering van haar keuze voor een causaal titelvereiste de meest wezenlijke vraag onbesproken gelaten. Een abstract titelvereiste zorgt namelijk voor “der klaren Trennung von Sachenrecht und Obligationenrecht, welches dem Gedanken des Verkehrsschutzes und der Rechtsklarheit besser gerecht wird.”⁷⁷ Cruciaal voor hem is dus de scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht. Indien men deze scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht doortrekt naar de dogmatische functie van de goederenrechtelijke overeenkomst, kan worden vastgesteld dat hierin een grote rol is weggelegd voor dit leerstuk. Zodra een overdrachtstitel immers geen goederenrechtelijk effect kan sorteren, is er de noodzaak om een ander rechtvaardigend element hiervoor aan te wenden. Zodoende vervult de goederenrechtelijke overeenkomst deze rol, en vormt het een sluitstuk op de goederenrechtelijke rechtssfeer voor wat betreft de overdracht van een goed.

Samenvattend biedt het Zwitserse recht twee nieuwe inzichten voor de Nederlandse situatie. Ten eerste is duidelijk geworden dat het Zwitserse hooggerechtshof en de voorstanders van een causaal titelvereiste in de literatuur meenden dat de afwijzing van een abstract titelvereiste inherent de afwijzing van een goederenrechtelijke overeenkomst met zich brengt. Ten tweede kan uit de mening van de voorstanders van een goederenrechtelijke overeenkomst worden afgeleid dat dit leerstuk een wezenlijke bijdrage kan leveren aan de scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht. Wat levert toepassing van deze inzichten op voor ons probleem?

Toepassing en antwoord

Hier keer ik terug naar de vraag die werd gesteld in het begin van deze paragraaf: is het concept van de goederenrechtelijke overeenkomst een dogmatische noodzaak in een overdrachtstelsel dat berust op een causaal titelvereiste? Toepassing van de rechtsvergelijkende inzichten die verkregen zijn uit het Zwitserse recht leidt tot het hanteren van de maatstaf die aangelegd werd door het Zwitserse hooggerechtshof, te weten dat de afwijzing van een abstract titelvereiste inherent de afwijzing van een goederenrechtelijke overeenkomst meebrengt. Hoewel dit argument niet veel voorkomt in de Nederlandse discussie, kan deze vaststelling mijns inziens toch veel van de onduidelijkheid verklaren die is ontstaan door de toepassing van het leerstuk in een causaal titelvereiste. In de eerste paragraaf van dit opstel bleek al dat wanneer men spreekt van *de goederenrechtelijke overeenkomst* er wordt gerefereerd aan het ‘abstrakter

⁷⁶ H. Honsell, Norm und Wirkung: Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive: *Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern: Stämpfli 2005, p. 352.

⁷⁷ H. Honsell, Norm und Wirkung: Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive: *Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern: Stämpfli 2005, p. 355-356.

dinglicher Vertrag'. Indien dit door Von Savigny bedachte concept vervolgens van het 'Abstraktionsprinzip' wordt ontdaan, zou men kunnen stellen dat er een 'dinglicher Vertrag' resteert. Zodoende valt in onze leveringseis een 'niet abstracte' goederenrechtelijke overeenkomst te zien, aldus de voorstanders. Deze redenering gaat echter mank omdat hiermee de goederenrechtelijke overeenkomst haar oorspronkelijke doel niet meer kan vervullen. De goederenrechtelijke overeenkomst is, zo bleek reeds bij Von Savigny, een in het goederenrecht werkend rechtvaardigend wilselement dat bijdraagt aan de scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht, opdat de goederenrechtelijke gevolgen van een overdracht niet beïnvloed worden door de onderliggende overdrachtstitel. De dogmatische mogelijkheden – en noodzaak – voor een dergelijk van de overdrachtstitel losstaand, puur in het goederenrecht functionerend wilselement, zijn niet aanwezig in ons overdrachtstelsel. Er is immers door de doorwerking van de titel in het goederenrecht geen scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht, waardoor de overdrachtstitel tevens in het goederenrecht de werking van rechtvaardigend (wils)element vervult. Nu blijkt dat de goederenrechtelijke overeenkomst haar doel niet meer kan vervullen, resteert slechts een wilsovereenstemming zonder specifiek 'goederenrechtelijke' kwalificatie. Maar waarom zouden we, in afwijking van zowel het Duitse als het Franse systeem van overdracht waarin slechts één rechtvaardigend (wils)element wordt gevraagd, twee van elkaar afzonderlijk werkende (wils)elementen eisen?

De zojuist gestelde vraag verdient het om in een breder filosofisch perspectief te worden behandeld, zeker gezien het feit dat hierover op voorbeeldniveau al voldoende is geschreven.⁷⁸ Een goed kader om de dogmatische noodzakelijkheid van een tweede rechtvaardigend wilselement in te behandelen is de theorie die 'het Scheermes van Ockham' wordt genoemd. Deze theorie werd onlangs op overtuigende wijze aangewend in het privaatrecht door De Jong en kan mijns inziens ook hier uitkomst bieden.⁷⁹ Het Scheermes van Ockham houdt in dat pluraliteit nooit geponeerd mag worden zonder noodzakelijkheid.⁸⁰ Concreet gezien komt dit neer op het uitgangspunt dat een verklaring voor een fenomeen nooit mag berusten op meer elementen dan strikt noodzakelijk is.

Indien dit uitgangspunt vervolgens wordt toegepast op de dogmatische onderbouwing van art. 3:84 BW betekent dit dat getoetst moet worden of de "meerzijdige rechtshandeling die vereist is voor de totstandkoming van de levering" daadwerkelijk een noodzakelijk

⁷⁸ De discussie over de goederenrechtelijke overeenkomst in de huidige literatuur spitst zich niet zozeer toe op het concept zelf, als wel op de vraag of er in een bepaalde situatie van overdracht de noodzaak bestaat om twee van elkaar gescheiden rechtvaardigende elementen te eisen. De consensus hierover is dat, los van de inhoudelijke beoordeling van de vraag (wel of niet), het tweede rechtvaardigende element vrijwel altijd zonder praktische betekenis is. Zie hiervoor: Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 52 e.v., Asser/Mijnssen/De Haan 3-I, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 213, Groene serie aant. 24 bij art. 3:84 lid 1 BW (Keirse).

⁷⁹ Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 187-188.

⁸⁰ Numquam ponenda est pluralitas sine necessitate.

element is naast de reeds bestaande eis van een geldige overdrachtstitel. Het tweede rechtvaardigend element zal daarom een niet te miskennen, zelfstandige functie moeten hebben naast de overdrachtstitel. In de praktijk blijkt dit echter niet het geval te zijn. Zo schrijft Reehuis: “Het wilsgebrek dat in theorie de goederenrechtelijke overeenkomst en daarmee de levering kan treffen, zal doorgaans tevens de overdrachtstitel treffen. (...) En zou de titel nu niet, doch alleen de goederenrechtelijke overeenkomst wel, aan een wilsgebrek mank gaan, dan zal vernietiging van alleen de goederenrechtelijke overeenkomst normaliter zinloos zijn. Zolang immers niet ook de titel is vernietigd, blijft de plicht tot overdracht bestaan, zodat opnieuw levering dient plaats te vinden.”⁸¹ Bij deze analyse sluit ik me aan. Het beoogde tweede rechtvaardigend wilselement kan de aangelegde toets van het Scheermes van Ockham niet doorstaan. Ontbreekt immers de wilsovereenstemming tot levering, maar verplicht een titel wel tot overdracht dan zal alsnog geleverd moeten worden. Wanneer er echter geen titel is, maar wel overeenstemming tot levering heeft deze wilsovereenstemming geen betekenis omdat zonder een geldige titel geen overdracht tot stand kan komen. Een tweede rechtvaardigend (wils)element vormt dus geen noodzakelijkheid bij het dogmatisch onderbouwen van een overdracht ex art. 3:84 BW en dit concept dient dan ook verworpen te worden. Hiermee is het lot voor de goederenrechtelijke overeenkomst echter nog niet helemaal beslecht. Het leerstuk zou namelijk een rol kunnen vervullen in gevallen waarin ook naar Nederlands recht een abstract titelvereiste voor overdracht geldt. Zijn er zulke gevallen dan? Misschien wel: de handel in emissierechten vormt misschien een dergelijk geval.

5. Het overdrachtstelsel van art. 16.42 Wm

Van Kyoto tot vermogensrecht

Per 2005 is een handel in CO₂-emissierechten mogelijk gemaakt. Bij de overdracht in het kader van deze handel is het causale titelvereiste in zijn werking beperkt. Volgens velen levert deze beperkt werkende variant van art 3:84 BW een abstract overdrachtstelsel op.⁸² Dit impliceert wellicht een rol voor de goederenrechtelijke overeenkomst, maar is dit ook zo? Heeft de goederenrechtelijke overeenkomst een rol binnen het overdrachtstelsel van emissierechten?

Voordat ik aan beantwoording van de bovenstaande vraag toekom, is het verstandig op te merken dat Nederland een handel in emissierechten kent doordat hiertoe is besloten op Verenigde Naties- en Europese Unie-niveau. De eerste aanzet tot een handel in emissierechten komt voort uit het Kyoto Protocol, waarin emissiehandel één van drie peilers vormt ter voorkoming van klimaatverandering (art. 17 Kyoto Protocol).⁸³ Uit art. 3 Kyoto Protocol vloeit voort dat verdragsstaten die betrokken zijn bij dit protocol

⁸¹ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 115.

⁸² Bijv. Hartlief en Tjittes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB*, 2005, 31.

⁸³ De andere twee peilers zijn de zogenaamde ‘Joint Implementation’ (art. 6 Kyoto Protocol) en het ‘Clean Development Mechanism’ (art. 12 Kyoto Protocol).

aanvaarden dat zij in de toekomst de verplichting op zich zullen nemen om tijdens de “Commitment period” van 2008 tot 2012 de totale emissie van broeikasgassen met minimaal 5,2% te reduceren ten opzichte van het basisjaar 1990. Hierdoor zou de handel in emissierechten uiterlijk per 2008 in het Nederlandse recht moeten zijn geïntegreerd.

De handel in emissierechten kreeg wat betreft Nederland en de overige EU-lidstaten echter al per 13 oktober 2003 concreet vorm in de Richtlijn 2003/87/EG. In deze richtlijn werd besloten dat in de EU per 2005 een start zou worden gemaakt met een systeem van emissiehandel, voorafgaand dus aan de ‘Commitment Period’ van het Kyoto Protocol.⁸⁴ Hoewel de hoofdlijnen voor de handel in emissierechten in deze Richtlijn zijn geregeld, werd de vermogensrechtelijke kwalificatie van dit fenomeen aan de lidstaten zelf overgelaten.⁸⁵ Hoe heeft de Nederlandse wetgever de emissiehandel vermogensrechtelijk vormgegeven?

Volgens de wetgever zijn CO₂-emissierechten overdraagbare rechten, hetgeen uitdrukkelijk wordt bepaald in de artikelen 1.1. en 16.40 Wet Milieubeheer (Wm). Bovendien zijn CO₂-emissierechten op geld waardeerbaar, waardoor het geen twijfel mag lijden dat ze gekwalificeerd kunnen worden als vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW en als goederen in de zin van 3:1 BW.⁸⁶ De vermogensrechtelijke basis voor het fenomeen emissierechten is hiermee gelegd, maar doordat emissierechten als ‘goederen’ gekwalificeerd kunnen worden ontstaan vervolgens ook vragen. Zo kan men zich afvragen in combinatie met het feit dat een register is ingesteld om de handel in emissierechten bij te houden: zijn CO₂-emissierechten registergoederen?

Hoewel op de bovenstaande vraag verschillende antwoorden zijn geformuleerd in de literatuur, biedt de Memorie van Toelichting het juiste perspectief en antwoord op de vraag.⁸⁷ CO₂-emissierechten zijn geen registergoederen omdat het register waarin de emissierechten staan geregistreerd niet kan worden beschouwd als een openbaar register uit art. 3:16 BW. Van een openbaar register uit art. 3:16 is namelijk pas sprake indien het register genoemd wordt in de limitatieve opsomming van art. 8 lid 1 Kadasterwet. In dit artikel staan alle openbare registers vermeld en aangezien het register voor CO₂-emissierechten hier niet in voorkomt kan het niet betiteld worden als een openbaar

⁸⁴ Richtlijn 2003/87/EG, art. 4, 10 en 11.

⁸⁵ In de richtlijn zijn vier hoofdlijnen vastgesteld die meebrengen dat 1) elke lidstaat een allocatieplan op moet stellen in verband met de toe te wijzen emissierechten, 2) dat de lidstaten toe moeten zien op de werkelijke overdraagbaarheid tussen marktpartijen, 3) dat er een register moet worden opgesteld in elke lidstaat waarin de verlening, het bezit, de overdracht en de annulering van emissierechten worden geregistreerd en 4) dat lidstaten ervoor zorg dienen te dragen dat participerende bedrijven verslag uitbrengen van hun uitstootactiviteiten. Zie uitgebreider: J.S. Kortmann, ‘De overdracht van CO₂-emissierechten nader beschouwd’, *NJB* 2005, p. 393.

⁸⁶ Kamerstukken 2003/04, 29565, MvT, p. 73.

⁸⁷ M.H. Koster ‘Handel in emissierechten: het causale stelsel ‘uitgestoten’?’, *WPNR* 6617, p. 301 meent dat emissierechten registergoederen zijn. J.S. Kortmann wijst er in een reactie op dit artikel terecht op dat dit niet het geval is, *WPNR* 6631, p. 627 laatste alinea.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

register. Derhalve zijn CO₂-emissierechten op hun beurt niet te betitelen als registergoederen in de zin van art. 3:10 BW.⁸⁸

De kwalificatie van emissierechten als ‘goederen’ levert voorts nog meer onduidelijkheid op. Zo zouden emissierechten als expliciet overdraagbare vermogensrechten (art. 3:83 lid 3 BW) normaliter onder het regime van overdracht uit 3:84 BW vallen. De wetgever heeft echter voor deze categorie vermogensrechten besloten dat nietigheid of vernietiging van de overeenkomst die tot de overdracht heeft geleid geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de overdracht.⁸⁹ Deze doorbreking van het normale regime van art. 3:84 BW heeft veel stof doen opwaaien en vormt de centrale aanleiding tot dit gedeelte van het onderzoek. Welke invloed heeft deze uitzondering precies op art. 3:84 BW?

Een ‘abstract’ stelsel

De wetgever heeft de CO₂-emissierechten op goederenrechtelijk gebied ongrijpbaar gemaakt door te besluiten dat nietigheid of vernietiging van de overdrachtstitel zonder goederenrechtelijk gevolg blijft. Volgens de wetgever is deze afwijking van het normale regime in het BW gerechtvaardigd omdat CO₂-emissierechten door hun beperkte levensduur die gebonden is aan de planperiode geen belangrijke vermogensbestanddelen zullen vormen, en omdat de rechtszekerheid is gediend met het werkelijk kunnen gebruiken van aangekochte emissierechten door de koper (kopersbescherming) zonder dat het risico bestaat dat door een nietige of vernietigde overdrachtstitel de koper goederenrechtelijk achter het net vist.⁹⁰

Wanneer het overdrachtstelsel van emissierechten zelf bekeken wordt, valt op dat het in twee opzichten afwijkt van de situatie die normaal gezien uit het BW voortvloeit bij de overdracht van vermogensrechten, te weten op het gebied van de leveringshandeling en op het gebied van de overdrachtstitel. In een ‘normaal’ geval zou de leveringshandeling namelijk uit art. 3:95 BW voortvloeien en de titeleis uit 3:84 BW onverkort van toepassing zijn, maar de wetgever heeft door middel van twee bepalingen anders besloten bij de overdracht van CO₂-emissierechten. Over de keuze voor de alternatieve leveringshandeling kan ik kort zijn. Het is een logische en begrijpelijke keuze van de wetgever geweest om in plaats van de algemene leveringshandeling uit het BW te kiezen voor een specifieke leveringshandeling die toegespitst is op de emissiehandel.⁹¹

⁸⁸ Kamerstukken 2003/04, 29565, MvT, p. 74 “Artikel 8, eerste lid, Kadasterwet, welk artikel een uitvoering is van artikel 3:16, tweede lid, BW, geeft aan welke de openbare registers zijn en waar en op welke wijze een inschrijving in deze registers kan worden verkregen. In deze opsomming komt, ook na de onderhavige wetwijziging, het register voor handel in broeikasgasemissierechten niet voor en is om deze reden dan ook geen openbaar register.”.

⁸⁹ Tevens werd besloten dat verpanding en beslag niet mogelijk zijn ten aanzien van emissierechten, Kamerstukken 2003/04, 29565, MvT p. 75-77.

⁹⁰ Kamerstukken 2003/04, 29565, MvT, p. 74.

⁹¹ De leveringshandeling voor CO₂-emissierechten is te vinden in art. 16.41 lid 1 Wm. Levering geschiedt door af- en bijschrijving van de emissierechten op de rekening van de

De keuze voor een alternatieve invulling van de titel eis zorgt echter voor een nieuwe situatie, die zoals gezegd nader onderzoek vergt. Het betreffende artikel luidt als volgt:

Art. 16.42 lid 1 Wm: Nietigheid of vernietiging van de overeenkomst die tot de overdracht heeft geleid, of onbevoegdheid van degene die overdraagt, heeft, nadat de overdracht is voltooid, geen gevolgen voor de geldigheid van de overdracht.

Uit het bovenstaande artikel volgt volgens vele auteurs dat de handel in CO₂-emissierechten gebaseerd is op een abstract stelsel van overdracht.⁹² Indien deze vaststelling klopt, betekent dit mijns inziens dat in het overdrachtstelsel van emissierechten de twee wezenskenmerken van een abstract stelsel moeten zijn te ontwaren, namelijk een abstract titelvereiste enerzijds en een goederenrechtelijke overeenkomst anderzijds. Het lijkt mij enigszins voorbarig om enkel op basis van de tekst van artikel 16.42 Wm te concluderen tot een abstract stelsel. Daarom zullen nu de twee genoemde elementen onderzocht worden die de overdracht van CO₂-emissierechten tot een abstract stelsel van overdracht kunnen maken, te beginnen met het abstract titelvereiste. Levert de bepaling van art. 16.42 Wm een abstract titelvereiste op?

Vooropgesteld moet worden dat een (zuiver) abstract titelvereiste inhoudt dat in alle gevallen wordt geabstraheerd van de onderliggende overdrachtstitel wat betreft de goederenrechtelijke gevolgen van een overdracht, ook al is deze titel wél geldig.⁹³ Wanneer men bedenkt dat art. 16.42 Wm een afwijking vormt op de wetstechnische basis van 'overdracht' uit art. 3:84 BW, waarin uitdrukkelijk de eis van een geldige titel wordt vereist, ontstaat een merkwaardige situatie. Immers: op het moment dat de overdrachtstitel bij de overdracht van een CO₂-emissierecht gewoon geldig blijkt te zijn blijft de bepaling van art. 16.42 Wm buiten werking en wordt er ook voor deze overdracht een geldige titel vereist door art. 3:84 BW. Hoe valt dit te rijmen met de stelling dat art. 16.42 Wm voor een abstract titelvereiste heeft gezorgd?

Wetstechnisch behelst de bepaling van art. 16.42 geen zuiver abstract titelvereiste. De overdracht van emissierechten geschiedt in de gekozen constructie door de levering van een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel – hetgeen niet past bij een (zuiver) abstract titelvereiste – met de beperking dat nietigheid of vernietiging van deze

koper en verkoper. De levering is voltooid indien de geregistreerde overeenkomst in het register is opgenomen.

⁹² Van een abstract stelsel spreken o.a.: Koster, a.w., Kortmann in *NJB* 2005, p. 392 e.v., R.F.J. Holland, 'Tussenpersoon als kreukelzone bij de handel in emissierechten', *Ondernemingsrecht*, 2006-16, p. 564 e.v., Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 318 en door W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het Vermogensrecht', *WPNR* 6608, p. 98.

⁹³ Overeenkomstig het 'Abstraktionsprinzip' van Von Savigny zoals besproken in paragraaf 2 van dit opstel.

DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST

titel geen terugwerkende kracht heeft.⁹⁴ *Effectief* is niettemin wel sprake van een abstract titelvereiste. De eis van een geldige titel, in combinatie met het gegeven dat ongeldigheid van de titel door vernietiging of nietigheid zonder gevolg blijft, is door de bepaling van 16.42 Wm niets meer dan een holle frase. Uit deze redenering kan worden opgemaakt dat ondanks de wellicht omslachtige wetstechnische constructie, art. 16.42 een abstract titelvereiste oplevert, waarmee is voldaan aan de eerste eis van een abstract stelsel. Hoe zit het met het tweede wezenskenmerk van een abstract stelsel, de goederenrechtelijke overeenkomst?

Ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst

Veel auteurs hebben bij de bespreking van het regime dat art. 16.42 creëert gewezen op het gegeven dat uit dit artikel een abstract stelsel ontstaat, maar slechts een beperkt aantal van hen heeft vervolgens aandacht besteed aan de functie en ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst binnen dit systeem. De discussie in de literatuur is hierdoor – zonder haar tekort te doen – terug te voeren op een pennensrijd tussen Koster en Kortmann, die in hun benadering van deze rechtsvraag lijnrecht tegenover elkaar staan. Koster meent dat bij het overdrachtstelsel van emissierechten een grote rol weggelegd kan zijn voor de goederenrechtelijke overeenkomst, terwijl Kortmann het hier niet mee eens is.

In de visie van Koster heeft de wetgever op niet overtuigende gronden besloten tot het ‘verlaten’ van het causale stelsel van overdracht.⁹⁵ Hierdoor ontstaat een nieuw, abstract stelsel waarin voor Koster een onaanvaardbare kopersbescherming schuilgaat doordat nietigheid en vernietigbaarheid van de titel in goederenrechtelijk opzicht altijd voor rekening van de verkoper zullen komen. De rol voor de goederenrechtelijke overeenkomst is dan ook weggelegd in de bestrijding van dit euvel: indien de nietigheid of vernietigbaarheid van de goederenrechtelijke overeenkomst kan worden ingeroepen maakt dat de overdracht in goederenrechtelijk opzicht aantastbaar en rust de last van de nietigheid of vernietigbaarheid daarmee op de koper.⁹⁶ Door deze voorstelling van zaken blijkt duidelijk dat Koster in de analyse van de door art. 16.42 ontstane situatie uitgaat van een geheel nieuw (abstract) overdrachtstelsel, inclusief goederenrechtelijke overeenkomst. Toegegeven moet worden dat de ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst zeker aanwezig is. Per slot van rekening gaan de argumenten die hiervoor tegen de goederenrechtelijke overeenkomst werden geponeerd niet meer op. Door het abstracte titelvereiste is er op conceptueel gebied ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst, en functioneel doorstaat de goederenrechtelijke overeenkomst dit keer wel de toets van het Scheermes van Ockham aangezien het de rol kan vervullen als enig goederenrechtelijk rechtvaardigend element (zoals Koster ook stelt).

⁹⁴ Anders: W. Snijders, ‘Ongeregelde heden in het Vermogensrecht’, *WPNR* 6608, p. 97, die uitgaat van een fout in de MvT bij het (wetstechnisch) duiden van het vereiste van een geldige titel ex art. 3:84 BW.

⁹⁵ M.H. Koster a.w. p. 303-304.

⁹⁶ M.H. Koster a.w. p. 304.

Dat de aanwezige ruimte niet doorslaggevend hoeft te zijn bij het stelling nemen in deze discussie blijkt uit de reactie van Kortmann op de bovenstaande redenering van Koster. Hoewel hij erkent dat bij een abstract stelsel van overdracht normaliter een goederenrechtelijke overeenkomst hoort, zou het toepassen van dit leerstuk binnen de context van het overdrachtstelsel van CO₂-emissierechten indruisen tegen de bedoeling van de wetgever.⁹⁷ “Zou men met Koster aannemen dat de leveringshandeling op grond van een wilsgebrek kan worden vernietigd,” aldus Kortmann, “dan zou dit de gevolgen hebben die de wetgever nu juist beoogde uit te sluiten. Aannemelijk is dan ook dat dit naar Nederlands recht *niet* mogelijk is.”⁹⁸ Kortmann geeft met deze laatste zin aan dat hij niet zou kunnen begrijpen waarom de wetgever in eerste instantie alle moeite doet om de overdracht van CO₂-emissierechten goederenrechtelijk ongrijpbaar te maken, terwijl toepassing van de goederenrechtelijke overeenkomst dit effect juist teniet zou doen. Maar wat zegt de wetgever eigenlijk zelf over de goederenrechtelijke overeenkomst?

Zoals wel vaker het geval is gebleken bij de bespreking van de goederenrechtelijke overeenkomst door de wetgever,⁹⁹ is ook dit keer de oogst karig wat betreft de aandacht voor dit leerstuk binnen de context van het overdrachtstelsel van emissierechten. Zo is er in de Memorie van Toelichting geen concrete aandacht voor de idee van een abstract stelsel, en wordt ook de goederenrechtelijke overeenkomst geen enkele keer genoemd. De algemene bedoeling van de wetgever om van het reguliere (causale) stelsel uit art. 3:84 BW af te wijken zal daarom richtinggevend moeten zijn in het onderzoek naar de positie van de goederenrechtelijke overeenkomst binnen dit stelsel.

Ten eerste is het wellicht goed om te beseffen dat de wetgever ervoor had kunnen kiezen om bij de invoering van het fenomeen CO₂-emissierechten de overdraagbaarheid niet wettelijk te regelen. Hierdoor zouden deze vermogensrechten, hetgeen hierboven reeds kort aangestipt werd, niet aan het vereiste van art. 3:83 lid 3 voldoen en derhalve niet vallen onder het regime van ‘overdracht’ uit art. 3:84 BW.¹⁰⁰ Dat de wetgever hiertoe toch heeft besloten is veelzeggend, zij het echter onder de uitdrukkelijke beperking van de ‘goederenrechtelijke grijpbaarheid’ van deze vermogensrechten. En juist de beperking van deze goederenrechtelijke grijpbaarheid zorgt er mijns inziens voor dat het onaannemelijk is om door middel van toepassing van de goederenrechtelijke overeenkomst de keuze van de wetgever te frustreren.

Het is dan ook niet waarschijnlijk dat de wetgever heeft bedoeld om met de afwijking die geformuleerd werd in art. 16:42 Wv 2013 een abstract stelsel te creëren. Hierbij wil ik de

⁹⁷ J.S. Kortmann, ‘Reactie op: Handel in emissierechten: het causale stelsel ‘uitgestoten’?’, *WPNR* 6631, p. 627 De ruimte die er normaliter voor een goederenrechtelijke overeenkomst binnen een abstract stelsel is, wordt door Kortmann erkend in noot 15 op dezelfde pagina.

⁹⁸ J.S. Kortmann, ‘Reactie op: Handel in emissierechten: het causale stelsel ‘uitgestoten’?’, *WPNR* 6631, p. 627

⁹⁹ Zie Brahn/Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 46.

¹⁰⁰ Zie hierover uitvoeriger m.b.t. soortgelijke situaties: W. Snijders, ‘Ongeregeldheden in het Vermogensrecht’, *WPNR* 6607/6608.

opmerking parafraseren van Zwolve die reeds eerder de revue passeerde: ook een abstract stelsel is ‘causaal’, de vraag is echter waar de *causa* in besloten ligt.¹⁰¹ De benaming ‘abstract stelsel’ is daarom eigenlijk misleidend; er is wel degelijk een causaal element aanwezig in een dergelijk stelsel (de goederenrechtelijke overeenkomst). De abstractie schuilt enkel in de benadering van het titelvereiste. In het geval van de emissiehandel is het daarom juist om te spreken van een causaal overdrachtstelsel met een abstract titelvereiste; een gemankeerd causaal stelsel dus.

6. Conclusie

Nu de vragen zijn beantwoord die tot doel hadden de hoofdvraag van dit onderzoek nader uit te werken, is het tijd om de balans op te maken. De goederenrechtelijke overeenkomst is een leerstuk dat binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW worstelt met een serieus identiteitsprobleem. Terwijl het voor een abstract stelsel een wezenskenmerk is voor overdracht, speelt dit leerstuk binnen een causaal stelsel zoals dat van art. 3:84 BW een allerm minst duidelijke rol. Binnen dit laatstgenoemde stelsel vervult de goederenrechtelijke overeenkomst volgens haar voorstanders – die overigens onderling na meer dan 100 jaar discussie nog steeds niet tot een consensus over de begripsomschrijving zijn gekomen – de rol van een rechtvaardigend (wils)element ten aanzien van enkel de leveringshandeling. Indien men vervolgens beseft dat de goederenrechtelijke overeenkomst ooit door Von Savigny bedacht is als een puur in het goederenrecht functionerend rechtvaardigend (wils)element ten aanzien van de gehele overdracht, wordt duidelijk dat het begrip bij de toepassing in het Nederlands recht een gedaanteverwisseling heeft ondergaan. Om hier nu de geboorte van een ‘Chimaera’ in te zien – een monster met de kop van een leeuw, het lijf van een geit en de staart van een draak – gaat wellicht wat ver, maar een metamorfose is het zeker.

Door deze metamorfose kan de goederenrechtelijke overeenkomst haar oorspronkelijke functie niet meer vervullen zoals zij dat wel kan in een overdrachtstelsel dat gebaseerd is op een abstract titelvereiste. Vooral het goederenrechtelijke karakter van de overeenkomst staat hierbij onder druk. Enkel door het feit dat er geen scheiding is tussen goederen- en verbintenissenrecht in het Nederlands vermogensrecht, is de idee van een puur goederenrechtelijke overeenkomst al denkbeeldig. Mijns inziens ligt hier dan ook de zere plek. De goederenrechtelijke overeenkomst wordt in het Nederlands vermogensrecht ten onrechte aangewend om een (niet goederenrechtelijke) overeenkomst te benoemen: de wilsovereenstemming omtrent de levering. Hoewel men over de wenselijkheid van een dergelijke wilsovereenstemming kan verschillen, is zij in geen geval met recht een goederenrechtelijke overeenkomst te noemen. Mijn opinie over een

¹⁰¹ “Er heeft dus nooit in het *ius commune* een meningsverschil bestaan omtrent de vraag of de eigendomsoverdracht ‘causaal’ was (...) De vraag was echter wat men precies onder ‘de’ *causa traditionis* diende te verstaan.” W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, I Inleiding en Zakenrecht, Den Haag: Boom 2006 p. 244.

BERGERVOET

wilsovereenstemming omtrent de levering moge overigens duidelijk geïllustreerd zijn aan de hand van de toets van het Scheermes van Ockham: zij is niet strikt noodzakelijk, dus dogmatisch onwenselijk.

Ten slotte kan het overdrachtstelsel dat ontstaan is bij de handel in emissierechten geen nieuw licht doen schijnen over de positie van de goederenrechtelijke overeenkomst binnen het regime van art. 3:84 BW. Binnen deze afwijkende variant van art. 3:84 BW is door het abstracte titelvereiste effectief een scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht gecreëerd, en een goederenrechtelijke overeenkomst zou ook de toets van het Scheermes van Ockham kunnen doorstaan aangezien het als enig relevant rechtvaardigend (wils)element zou functioneren binnen dit systeem. De ruimte voor een goederenrechtelijke overeenkomst is hierdoor gegeven, maar ironisch genoeg lijkt het daadwerkelijk invullen van deze ruimte niet in de plannen van de wetgever voor te komen. De herkansing die deze variant van art. 3:84 BW voor de goederenrechtelijke overeenkomst biedt wordt mijns inziens dan ook niet benut. De slotsom: het leerstuk van de goederenrechtelijke overeenkomst heeft niets te zoeken binnen het overdrachtstelsel van art. 3:84 BW.

G.J.L. Bergervoet

Nijmegen